Gegenseitige Verträge

mit Typenvermengung

Ein Beitrag zum Problem der gemischten Verträge

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Marburg

vorgelegt von

Bernhard Fischer

Gerichtsassessor aus Niebel

Marburg 1931

Druckerei K. Euker

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. Februar 1931.

Berichterstatter: Prof. Dr. jur. et Dr. phil. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Im Andenken an meine verstorbene Mutter
meinem lieben Vater gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Das Problem in der Literatur 7

§ 2. Entstehen, Begriff und Rechtsnatur der gemischten Verträge . . 8

1. Begriffsbestimmung Hönigers 9
2. Begriffsbestimmung Schreibers 10
3. Die unbenannten Verträge 10
4. Bestimmung und Einteilung bei Enneccerus 11
5. Eigene Definition 12

§ 3. Abgrenzung der Verträge mit Typenvermengung gegen die Verträge ähnlicher Art 12

Gegenüber:

1. der Mehrheit von Verträgen 13
2. den Vertragsverbindungen 14
3. den Vorbereitungs- und Erfüllungshandlungen 16
4. den unregelmäßigen Typenverträgen 18
5. den typischen Verträgen mit untergeordneten andersartigen Leistungen (Enneccerus) 18
6. den Gesellschaftsverträgen 21
7. den additiv gemischten Verträgen (gemischte Schenkung) 21

§ 4. Die Methoden der rechtlichen Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung 22

1. Anwendung nur der allgemeinen Vorschriften der Schuldverhältnisse 23
2. Das Absorptionsprinzip (Lotmar) 23
3. Die Kombinationstheorie (Höniger) 27
4. Die Methode der analogen Rechtsanwendung (Schreiber) . 29
5. Würdigung der Lehrmeinungen und Ergebnis 31

§ 5. Praktische Anwendung der eigenen Methode auf den Hausmeister- und den Pensionsvertrag 35

§ 6. Bedeutung und rechtliche Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung nach dem Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923 47

§ 7. Geschichtliche Bemerkungen 49

Kurzer Überblick über das Problem der gemischten Verträge . . 49

1. im römischen Recht 49
2. im deutschen Recht bis zum BGB. 51

Literaturverzeichnis.

Blociszewski, v., Die Vermengung von Vertragstypen, Jur. Diss., Leipzig 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Aufl. 5, 1909 und Aufl. 7, 1922.

Crome, C., System des deutschen bürgerlichen Rechts, II, 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. II: Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1905/6.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 1. und 2. Aufl. 1903.

Endemann, Fr., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Schuldverhältnisse, 18.—21. Aufl., Marburg 1923 und 23.—27. Aufl. Marburg 1927.

Entscheidungen, a) des Reichsgerichts in Zivilsachen RGZ.; b) des Reichsgerichts in Strafsachen RGSt. c) der Oberlandesgerichte: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann OLG.

Entwurf des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl.

Fränkel, Zwitterverträge, Jur. Diss. 1913.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, zit. nach Band und Seite.

Hedemann, Über die Kunst, gute Gesetze zu machen. In der Festschrift für Gierke von 1901.

Hertel, Mieterschutz und Wohnungszwangswirtschaft, Bd. I, 4. Aufl. 1926.

Höniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Jur. Diss. 1906.

— Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Bd. I, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Freiburg 1910.

— Das Problem der gemischten Verträge in der deutschen Juristenzeitung von 1913 S. 263.

Josef, Die Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung. Im Gesetz und Recht 1909, S. 403 und in Gruchot, Bd. 49, S. 737.

Juristische Wochenschrift, zit. nach Band und Seite.

Jung, Erich, Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens in Iher. Jahrbüchern. Bd. 69, S. 79 ff.

Kiefersauer, Mieterschutz und Wohnungsmangel, 2. Aufl. 1924.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1906.

Krückmann, P., Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1901 und 4. Aufl. 1912.

Langen, Arnold, Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag, Marburg 1902.

Lent, Friedr., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Leipzig 1912.

Leonhard, Franz, Erfüllungsort und Schuldort, Berlin 1907.

LEONHARD, FRANZ, Allgemeines Schuldrecht des BGB., I. Band, München und Leipzig 1929.
LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 1 und 2, 1902 und 1905.
MATTHIASS, B., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Aufl. 6—7, 1914.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft und Verwaltung, 1926.
MEERSCHEIDT-HÜLLESSEM, v., Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. In der deutschen Juristenzeitung von 1910, S. 854 ff.
MITTELSTEIN, Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 3. Aufl. 1913.
Motive, zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches des deutschen Reiches, Bd. II, Amtl. Ausgabe 1888.
MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB. für das deutsche Reich, 1899.
MÜLLER, WILHELM, Die gemischte Schenkung. Iher. Jahrb., Bd. 48, S. 209 ff.
NATTER, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte.
NIENDORFF, Das Mietrecht nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1912.
OERTMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929.
PLANCK-SIBER-KNOKE, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB., Bd. II, 1898.
PUCHTA, Pandekten, 10. Aufl. 1866.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch usw. Bd. 1 und 2. Berlin und Leipzig 1928.
REGELSBERGER, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen. Iher. Jahrbücher, Bd. 48, S. 453 ff.
ROEDIGER, Die Pförtner-, Hausmeister- oder Hauswartverträge, Jur. Diss. 1913.
RÜMELIN, GUSTAV, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
RUTH, Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume 1926.
SCHREIBER, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Iher. Jahrb., Bd. 60, S. 106 ff.
Seufferts Archiv, Bd. 29 und Bd. 61.
SIBER, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iher. Jahrbücher, Bd. 70, S. 223 ff.
SÖRGEL, H. TH., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 1926, 4. Aufl. 1929.
STERN, Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, 9. Aufl. 1926.
STAUDINGER, I. v., Kommentar zum BGB. und Einführungsgesetze. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 7.—8. Aufl. 1912 und 9. Aufl. 1930.
TITZE, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Göttingen 1900.
— Recht der Schuldverhältnisse in Kohlrausch und Kaskels Enzyklopädie. 2. Aufl. 1927.
WARNEYER, Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB., zit nach Band und Seite.

§ 1. Das Problem in der Literatur.

Zu allen Zeiten, in denen das Recht besondere, durch Gesetze geregelte Vertragsformen ausgebildet hatte, war der Begriff der „gemischten Verträge" bekannt. Sowohl im römischen Recht, wie auch nach der Rezeption im deutschen Recht, vor allem nach den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, vom preußischen allgemeinen Landrecht bis zum sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch, kamen Mischverträge vor. Sie hatten dort nur nicht die Bedeutung, wie im heutigen Rechtsleben. Ihre problematische Natur ist damals auch noch nicht erkannt worden oder wenigstens nicht in dem Maße, wie nach 1900. Erst, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch, das im Grunde veraltete römische Typensystem beibehalten hatte, und das praktische Leben doch infolge der Vielseitigkeit der Verkehrsbeziehungen immer neue Vertragsformen hervorbrachte, die durch bloße Ähnlichkeit mit den gesetzlichen Typen — ohne völlige Deckung — zu Zweifeln in ihrer rechtlichen Beurteilung Anlaß gaben, wurden eingehende Untersuchungen über die rechtliche Natur und Behandlung dieser Mischverträge notwendig.

Es ist nun das Verdienst Hönigers und Schreibers, die gemischten Verträge, so wie sie sich nach geltendem Recht darbieten, methodisch untersucht und in systematischer Zusammenfassung dargestellt zu haben. Höniger versucht in seinem umfangreichen Werke: „Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge", Bd. I, die gemischten Verträge auf ihre Grundformen zurückzuführen. Schreiber behandelt sie in einem Aufsatz: „Die gemischten Verträge im Reichsschuldrecht"[1]). Auch Enneccerus widmet in seinem bekannten Lehrbuche des Bürgerlichen Rechts (Bd. I, Ab. 2, 4. und 5. Aufl., § 323) den gemischten Verträgen eine besondere Abhandlung und neuerdings auch Franz Leonhard in seinem Schuldrecht, Bd. I, in den §§ 152 ff.

Zeitlich vorher ist nur vereinzelt versucht worden, das Problem im ganzen der Lösung näherzubringen. Gustav Rümelin hat es in seinem „Dienst- und Werkvertrag" und auch sonst gelegentlich berührt und hat dadurch Höniger zu seinen „Vorstudien" (Freiburger Dissertation 1906) die Anregung gegeben[2]).

[1]) Jherings Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 60, S. 106 ff., Anm. 2.

[2]) Höniger, Grundformen, Vorwort zu Bd. I, Anm. 3.

Lediglich bei der Behandlung einzelner gemischter Verträge, wie des Hausmeister-, Bankfach- und Gastaufnahmevertrages[3]), der gemischten Schenkung[4]) u. a. findet man schon Andeutungen zum Problem. Andere Andeutungen sind enthalten in den Versuchen, die gemischten Verträge abzugrenzen gegen solche ähnlicher Art, wie gegen die Verträge sui generis und gegen die Vertragsverbindungen, so bei v. Meerscheidt-Hüllessem in „Gemischte Verträge und Verträge eigener Art[5]) und bei Regelsberger in seiner Abhandlung: „Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt oder Mehrheit von Verträgen"[6]). Die Bezeichnung „Gemischte Verträge", die auch in den Motiven[7]) zu finden ist, wird von den Schriftstellern keineswegs einheitlich gebraucht und definiert. Auch die für die gemischten Verträge von einigen von ihnen aufgestellten Systeme stimmen nicht überein. Von vornherein sei festgestellt, daß es bei der Vielgestaltigkeit des heutigen Wirtschaftslebens und des dadurch bedingten Entstehens immer neuer Mischformen überhaupt nicht möglich sein wird, eine einleuchtend-systematische Gesamtgliederung der gemischten Verträge zu geben. Wenn einzelne Schriftsteller dennoch Systeme bringen, dann können diese eben nur für eine beschränkte Anzahl von Mischverträgen Geltung beanspruchen.

§ 2. Entstehen, Begriff und Rechtsnatur der gemischten Verträge.

Das moderne Recht der Schuldverhältnisse wird beherrscht von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB.). Die Parteien können ihre vertraglichen Verhältnisse durch freie Vereinbarung regeln und jedes schutzwürdige Interesse zum Inhalt eines Schuldverhältnisses machen und ihm rechtliche Anerkennung verschaffen. Es ist dem Gesetzgeber unmöglich, für jeden dieser so entstehenden unzähligen neuen Verträge eine fertige Form zu prägen. Es kann eben, wie Hedemann in seiner Abhandlung: „Über die Kunst, gute Gesetze zu machen"[8]) mit Recht sagt, „keine Gesetzgebung der Welt allen Bildern des Lebens gerecht werden, für alle einen fertigen Paragraphen bereithalten. Denn das Leben schleudert immer neue Interessen empor und spottet jeder kasuistischen Methode.... Darum erscheint es dem modernen Gesetzgeber selbstverständlich, daß er vieles ungeregelt offen läßt."

---

[3]) Arnold Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag.

[4]) Wilhelm Müller, „Die gemischte Schenkung" in Jherings Jahrb., Bd. 48, S. 209 ff.

[5]) Deutsche Juristenzeitung von 1910, S. 854 ff.

[6]) Jherings Jahrb., Bd. 48, S. 453 ff.

[7]) Motive, Bd. II, S. 472.

[8]) Festschrift für Gierke, 1911, S. 315.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat deshalb nach dem Vorbilde der bis 1900 geltenden Gesetzbücher, und, wenn auch in anderer Gruppierung, nach dem Vorbilde des römischen Rechts, Vertragstypen aufgestellt und nur eine verhältnismäßig geringe Zahl der Schuldverhältnisse im besonderen Teil des Obligationenrechts besonders geregelt. Dort sind vor allem solche Verträge gesetzlich normiert, die im täglichen Leben am häufigsten vorkommen, deshalb am bedeutsamsten erscheinen, und im Verkehr möglichst gleichmäßig abgeschlossen zu werden pflegen. Das Gesetz hat auch darauf verzichtet, Begriffsbestimmungen dieser Verträge zu geben, es hat nur an die Spitze der einzelnen Titel jedesmal eine Bestimmung gesetzt, die den Verpflichtungsinhalt der betreffenden Vertragsart umschreibt.

Die rein typischen Vertragsarten des Gesetzes werden nun in den allermeisten Fällen durch die freie Vereinbarung der Parteien mehr oder minder erheblichen Abänderungen unterworfen. Die Abweichung von den gesetzlichen Vertragstatbeständen bildet das erste Merkmal, das allen gemischten Verträgen eigentümlich ist.

Es ist einmal möglich, daß alle Bestandteile des freigebildeten Vertrages als Tatbestandselemente in den einzelnen Vertragstypen des Gesetzes vorkommen. Es entstehen dann Verträge, die in ihrer Zusammensetzung zwar neu sind und im Gesetz als Ganzes eine Regelung nicht gefunden haben, deren Bestandteile aber sämtlich dem Gesetz zu entnehmen sind. Höniger, der ebenso wie Schreiber eine prinzipielle Abgrenzung des Begriffs der gemischten Verträge in seiner systematischen Untersuchung vorgenommen hat, erkennt nur die in dieser Weise zusammengesetzten Verträge als „gemischte" an. Er vereinigt damit unter diesem Begriff alle die Verträge, „deren Tatbestand eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält[9]).

Die hier denkbaren Kombinationen, die im Leben außerordentlich häufig sind, können einmal derart sein, daß eine Seite des Vertrages, der gegenübersteht die indifferente Geldleistung, außer den üblichen Merkmalen eines gesetzlichen Vertragstypus noch solche anderer Typen enthält. Als Beispiel sei der Pensionsvertrag genannt, bei dem neben die Vermieterleistung eine Verkäuferleistung und unter Umständen noch eine Dienstleistung tritt. Möglich ist auch, daß einer typischen Leistung, etwa der Vermieterleistung, nicht die neutrale Geldleistung, sondern eine ebenfalls im Gesetz unter einem Vertragstypus normierte Leistung, beispielsweise eine Dienstleistung als Entgelt in synallagmatischer Verknüpfung gegenübersteht. Es entstehen dann die in der Literatur meist als „doppeltypisch"[10]) bezeichneten Verträge, deren Hauptbeispiel der oben gekennzeichnete Hausmeister- oder Portiervertrag ist.

[9]) Grundformen, S. 4.
[10]) Enneccerus, a. a. O., § 323, Anm. III.

Außer diesen beiden Gruppen rechnet Höniger noch drei weitere zu den gemischten Verträgen. Auf diese Gruppen wird später bei der Abgrenzung der hier zu behandelnden „Verträge mit Typenvermengung" gegen die Verträge ähnlicher Art noch einzugehen sein.

Eine umfassendere Definition als Höniger gibt Schreiber[11]), der seinen Untersuchungen auch ein größeres Stoffgebiet zugrunde legt. Schreiber sieht als „gemischte Verträge" alle die Verträge an, die „dadurch der Beurteilung Schwierigkeiten bereiten, daß sie die gesetzlich aufgestellten Vertragstypen ganz oder teilweise enthalten, ohne sich doch mit ihnen zu decken". Schreiber läßt damit als gemischte Verträge auch solche gelten, die sich mischen aus mindestens einem Bestandteil, der auch im Gesetz als Vertragstatbestand in einem Typenvertrag geregelt ist und aus solchen, die im Gesetz eine Regelung nicht gefunden haben, die also atypisch sind.

Ein bekanntes und vielerwähntes Beispiel dieser Art ist der Kellnervertrag, ein Vertrag, der auf der einen Seite Dienstleistungen zum Gegenstande hat, also einen Teil des Tatbestandes des im Bürgerlichen Gesetzbuche geregelten Dienstvertrages darstellt, auf der anderen Seite aber als Tatbestandsmerkmal die Verschaffung einer Erwerbsgelegenheit aufweist, nämlich die Möglichkeit, Trinkgelder einzuziehen[12]).

Schließlich kommt noch eine dritte Gruppe freigeschaffener Verträge vor, die unter keine der Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches fallen und die auch in keinem anderen Reichsgesetz oder Landesgesetz geregelt sind.

Es sind dies Verträge, die ausschließlich neue und dem Gesetz unbekannte Tatbestandsstücke enthalten. Beispiele dieser Art sind der Trödelvertrag (contractus aestimatorius über die res aestimata vendenda), der Vertrag zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, der Vertrag auf Lieferung elektrischer Kraft[13]), das pactum de non licitando, der Garantievertrag[14]), der Verfilmungsvertrag[15]) u. a. Diese Verträge, die nur aus gesetzesfremden Elementen bestehen, wird man eher als Verträge eigener Art und, weil sie im Gesetz nicht benannt sind, auch als „unbenannte Verträge" bezeichnen können. Sie unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Behandlung wesentlich von den beiden ersten Gruppen. Ihre rechtliche Beurteilung wird in der Regel ebensowenig Schwierigkeiten bieten, wie die, der den gesetzlichen Typen glatt unterfallenden Verträge. Man wird bei ihnen mit den allgemeinen Regeln des Schuldrechts und der Analogie der Vorschriften verwandter Vertragstypen zumeist eine

[11]) Schreiber, Jher. Jahrb. 60, S. 111.
[12]) Lotmar, „Der Arbeitsvertrag", Bd. I, S. 698 ff.
[13]) Jung, Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens, Jher. Bd. 69, S. 79.
[14]) Höniger, Grundformen, § 1, S. 1.
[15]) RGZ., Bd. 107, S. 62 ff.

ausreichende Beurteilung erzielen können. Im übrigen wird hier das Gewohnheitsrecht die Lücke im Gesetz auszufüllen imstande sein. Diese Verträge haben mit den gemischten Verträgen nichts zu tun[16]).

Bei diesen Verträgen wird eine Mischung verschiedener Tatbestandselemente zu einem einheitlichen Vertrage regelmäßig auch gar nicht festzustellen sein; dies schon deshalb nicht, weil jeder Anhaltspunkt für eine Zerlegung fehlt, und diese Verträge nicht einzelne Bestandteile erkennen lassen, von denen jeder allein schon einen Vertrag, der ebenfalls nur ein unbenannter sein könnte, darstellen müßte. Man wird vielmehr, wenn man an den Trödelvertrag denkt, der vor 1900 im Gesetz geregelt war[17]), sagen können, daß diese Verträge, wenn es zweckmäßig gewesen wäre, als Ganzes im Gesetz als Typenverträge hätten Aufnahme finden können.

Anders ist es bei den Verträgen der beiden ersten Gruppen, bei denen eine Vereinigung mehrerer Bestandteile zu erkennen war, und wo Mischungen eintraten, entweder aus den Tatbestandselementen der gesetzlichen Typen oder aus solchen und aus fremden Zutaten.

Enneccerus[18]), der nur eine Übersicht über die Hauptarten der Verbindungen von Verträgen oder Vertragselementen und eine Darlegung der Hauptrichtpunkte zu geben beabsichtigt, welche für die Behandlung maßgebend sein dürften, spricht zunächst von „gemischten Verträgen im weiteren Sinne". Diese Verträge, deren „wesentliche Tatbestandsstücke sämtlich oder teilweise bei verschiedenen typischen Vertragsarten geregelt" sein sollen, zerlegt er in drei Unterarten, von denen er wieder eine als gemischte Verträge, und zwar als solche im „engeren Sinne" bezeichnet. Abgesehen davon, daß die Unterscheidung in weitere und engere gemischte Verträge wenig übersichtlich erscheint, ist es überhaupt zweifelhaft, wie später noch darzulegen sein wird, ob die von Enneccerus unter den engeren gemischten Verträgen zusammengefaßten Verträge überhaupt als „gemischte" anzusehen sind.

Leonhard[19]) bezeichnet die Verträge mit verschiedenartigem Leistungsinhalt als gemischte Verträge. Diese Verträge sollen dann entstehen, wenn die Parteien in einem artbestimmten Vertrage Änderungen von einem solchen Inhalt treffen, wie er im Rechte eines anderen, ebenfalls gesetzlich geregelten Vertrages vorkommt. Leonhard trennt die so von ihm bestimmten gemischten Verträge nach der Bedeutung der einzelnen in ihnen vorkommenden Leistungen. Je nachdem, ob die Bestandteile der einzelnen, im gemischten

[16]) Jung in Jher. Jahrb., Bd. 69, S. 79.
[17]) Im Preuß. Allg. Landrecht, Tl. I, Tit. 11, §§ 511 ff.; Sächs. GB., §§ 1291 ff.
[18]) Enneccerus, a. a. O., § 323.
[19]) Leonhard, Schuldrecht I., §§ 151 und 152.

Verträge vorkommenden Vertragsarten ungefähr gleichbedeutsam sind, oder ob die eine Vertragsart dermaßen überwiegt, daß die anderen dagegen nur von nebensächlicher Bedeutung sind, unterscheidet er zwischen einem „Vertrage mit Artmischung" und einen bloßen „Artvertrag mit Beimischung". Daß eine derartige Einteilung der gemischten Verträge nach der wirtschaftlichen Bedeutung ihrer einzelnen Leistungen, nicht notwendig und immer für jede der beiden Gruppen eine besondere rechtliche Beurteilung zur Folge haben muß, soll später bei der Untersuchung der rechtlichen Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung gezeigt werden[20]).

Richtig ist, und darin stimmt Enneccerus mit Höniger, Schreiber und anderen Schriftstellern überein[21]), daß es sich bei allen gemischten Verträgen nicht um zu einer Mehrheit miteinander verbundene Verträge, sondern stets um einheitliche Verträge handelt.

Unter gemischte Verträge sollen hier damit alle diejenigen, zu einer Einheit zusammengefaßten Verträge verstanden werden, deren Tatbestandsmerkmale entweder alle, jedes für sich, im Gesetz in den einzelnen Typenverträgen als dort wesentlich geregelt sind, oder deren Tatbestandselemente sich nur zum Teil bei den Tatbeständen der gesetzlichen Vertragstypen wiederfinden, während sich die übrigen Bestandteile des Gesamtvertrages als gesetzesfremde Elemente darstellen.

Diese Begriffsbestimmung entspricht im wesentlichen der, die Schreiber den gemischten Verträgen gegeben hat.

Hier sollen nun nur diejenigen Mischverträge, und auch nur, insoweit es sich um gegenseitige handelt, erörtert und auf ihre rechtliche Beurteilung hin untersucht werden, deren Tatbestandsstücke sämtlich bei den verschiedenen Vertragstypen des Gesetzes als dort wesentlich geregelt vorkommen. Man wird diese Verträge zur Unterscheidung von den aus typischen und atypischen Bestandteilen gemischten Verträgen passend als „Verträge mit Typenvermengung" bezeichnen können. Das Problem der Verträge mit Typenvermengung ist also nur ein Teilstück des Problems der gemischten Verträge überhaupt.

§ 3. Abgrenzung der Verträge mit Typenvermengung gegen die Verträge ähnlicher Art.

Der Begriff der Vermengung deutet bereits auf eine besonders enge, auf eine mehr organische Verbindung mehrerer Vertragsbestandteile hin. Die Bestandteile sind hier die einzelnen, und zwar wesentlichen Tatbestandsstücke aus den verschiedenen gesetzlichen

[20]) Anderer Meinung, Leonhard, Schuldrecht I, §§ 153 und 154.

[21]) Enneccerus, a. a. O., § 323; Höniger, Grundformen, S. 00; Schreiber, a. a. O., S. 00; Leonhard, Schuldrecht I, § 151 und 324; Lent, Friedr., Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerl. Recht und Zivilprozeß, Bd. I, § 7, III. S. 137 ff.

Vertragstypen. Notwendig ist mithin nicht, daß sich die den gesetzlichen Vertragstypen zugrunde liegenden Tatbestände in ihrer Gesamtheit mischen; es genügt, wenn wesentliche Tatbestandsmerkmale dieser gesetzlichen Typenverträge im gemischten Vertrage vorkommen. Die Verbindung muß jedoch trotz der Verschiedenartigkeit der einzelnen Leistungen stets einen einheitlichen Vertrag ergeben, damit auch ein gemischter Vertrag entsteht.

Die gemischten Verträge sind daher zunächst von solchen Verträgen zu scheiden, die sich zwar auch aus mehreren Einzelverträgen zusammensetzen, aber so, daß diese Einzelverträge ihre tatsächliche und rechtliche Selbständigkeit innerhalb des Gesamtvertrages behalten. Diese nur nebeneinander bestehenden Verträge werden ihre Selbständigkeit auch dann nicht schon verlieren, wenn das Schicksal des einen oder des anderen oder sämtlicher Verträge durch die Gemeinsamkeit irgendwelcher Beziehungen bestimmt werden sollte.

Man spricht in solchen Fällen von einer Mehrheit von Verträgen[22]). In der Literatur ist das Problem der Einheit und der Mehrheit der Verträge, dem Regelsberger eine eigene Abhandlung widmet und das Höniger nicht zu Unrecht ein sehr schwieriges nennt[23]), nur gelegentlich behandelt worden[24]).

Regelsberger, der von allgemeinen Gesichtspunkten das Problem erörtert, nimmt Einheit des Vertrages dann an, wenn „die eine Verpflichtung im Dienste der anderen stehen soll“[25]). Der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang der einzelnen Verpflichtungen muß bei ihm so eng sein, daß die eine Verpflichtung, losgetrennt von der anderen „einen von den Parteien nicht gewollten Inhalt bekäme“[26]).

Dernburg[27]) läßt allein die Absicht der Parteien, einen einheitlichen Vertrag zu schließen, entscheiden.

Auch Schreiber[28]) ist der Meinung, daß stets dann, wenn die Parteien etwas tatsächlich und wirtschaftlich Zusammenhängendes gewollt, und ihren Willen „innerhalb derjenigen Grenzen, die überhaupt der Rechtswirksamkeit von Willenserklärungen gezogen sind“ zum Ausdruck gebracht haben, ein so entstandener Vertrag auch

---

[22]) Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen in Jher. Jahrb., Bd. 48, S. 453 ff.

[23]) Höniger, Grundformen, S. 355.

[24]) Schreiber, a. a. O., S. 106 ff.; Lotmar, a. a. O., Bd. I, S. 177 ff.; Staudinger, Komm. II, 1, S. 220; Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, 2, S. 151 (3. Aufl.); Natter, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 53 ff.; Leonhard, Schuldrecht I, § 151 und 325.

[25]) Regelsberger, a. a. O., S. 463 ff.

[26]) Regelsberger, a. a. O., S. 464.

[27]) Dernburg, Bd. 2, II., S. 151.

[28]) Schreiber, a. a. O., S. 117.

immer rechtlich als eine Einheit zu behandeln ist. Man wird diese Ansicht unter Hinweis auf den im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit verteidigen und sagen können, daß es gegen diesen Grundsatz verstoßen würde, wollte man die von den Parteien als Einheit gewollten Verträge als Vertragsmehrheit beurteilen. Andererseits könnte es, würde man nur den Parteiwillen berücksichtigen, leicht dazu führen, daß zwei offensichtlich ganz selbständig nebeneinander bestehende Verträge trotzdem zu einem einheitlichen Vertrage zusammengefaßt werden müßten, der dann auch als solcher rechtlich behandelt werden müßte. Um das zu vermeiden, wird man mit Regelsberger[29]), Staudinger[30]) und Endemann[31]) daran festhalten müssen, daß neben dem Parteiwillen noch ein objektives Merkmal vorliegen muß, um den zusammengesetzten Vertrag auch als einheitlichen zu kennzeichnen. Dieses objektive Merkmal wird regelmäßig der wirtschaftliche Zusammenhang der einzelnen Verpflichtungen sein. Auch für den Fall, daß, wie häufig, eine ausdrückliche Parteivereinbarung in Richtung auf die Vertragseinheit fehlt, wird man es auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung der einzelnen Leistungen abzustellen haben. Eine ganz allgemeine und stets zutreffende Regel für die Unterscheidung der einheitlichen Verträge von den Vertragsmehrheiten wird man überhaupt nicht geben können. Die Grenzen sind flüssig. Man wird sich mit einigen Anhaltspunkten begnügen müssen und die letzte Entscheidung, wie es auch Enneccerus verlangt[32]) nach Lage des Einzelfalles stets dem richterlichen Ermessen zu überlassen haben.

Bei einigen Gruppen von zusammengesetzten Verträgen, welche vor allem in ihrer äußeren Struktur gewisse Ähnlichkeiten mit den gemischten Verträgen aufweisen, wird man jedoch bei näherer Untersuchung erkennen können, daß es sich bei ihnen nur um Vertragsmehrheiten handeln kann. Enneccerus behandelt drei dieser Gruppen und faßt sie als „Vertragsverbindungen" zusammen.

Denkbar ist einmal, daß mehrere selbständige Verträge allein durch äußere Umstände verbunden erscheinen, etwa dadurch, daß die Parteien sie gelegentlich gleichzeitig in derselben, z. B. schriftlichen Form abgeschlossen haben, oder daß das eine Geschäft kausal für den Abschluß des anderen war. Daß diese rein äußerliche Verbundenheit der Verträge noch keine Vertragseinheit schaffen kann, und daß derartige Verträge mit dem Problem der gemischten Verträge nichts zu tun haben, ist selbstverständlich und nicht weiter zu erörtern.

Eine größere Ähnlichkeit mit den gemischten Verträgen, nicht nur in ihrer äußeren Gestaltung, haben diejenigen Verträge, in denen

[29]) Regelsberger, a. a. O., S. 465.
[30]) Staudinger, Komm. II, 1, S. 220, 2.
[31]) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 2, 1902, S. 1023.
[32]) Enneccerus, a. a. O., § 223, S. 295.

nach dem Willen der Parteien mehrere Verpflichtungen in der Weise zusammentreffen, daß sich die einzelnen Leistungsversprechen, etwa in ihrem Bestande beeinflussen und dadurch als ein Ganzes erscheinen. Derartige Verträge sind in der Praxis häufig und spielen im heutigen Wirtschaftsleben eine bedeutende Rolle. Hierunter fallen die, auch bei den Sukzessivlieferungsverträgen oft behandelten Bierbezugsverträge. Der Gastwirt, der sein Lokal von einer Brauerei gepachtet oder dem die Brauerei ein Darlehn gegeben hat, verpflichtet sich, während des Bestehens dieser Verträge (Pacht und Darlehn) sein Bier nur von dieser Brauerei zu beziehen. Zahlreiche ähnliche Fälle, bei denen mehrere selbständige Verträge in zumeist wirtschaftlicher Abhängigkeit zueinander stehen, haben wiederholt das Reichsgericht, namentlich in Hinblick auf § 139 und § 313 BGB. beschäftigt[33]).

In allen diesen Fällen liegt kein einheitlicher Vertrag vor, sondern jeder der selbständigen und durch gewisse Beziehungen aneinander geknüpften Verträge ist rechtlich gesondert, für sich zu behandeln. Man wird diese Verträge mit Endemann[34]) am passendsten „Vertragskoppelungen" nennen können.

Zu diesen Vertragskoppelungen rechnet Endemann[35]) auch die Fälle, in denen Verträge so verbunden sind, daß je nach dem Ausfall einer Bedingung entweder der eine oder der andere Vertrag abgeschlossen sein soll. Rümelin[36]) spricht hier von einer „alternativen Kombination" und Enneccerus[37]) von einer „alternativen Bedingung". Bereits die römische Jurisprudenz hat sich mit derartigen Vertragsverbindungen und damit auch mit der Frage der Einheit oder Mehrheit von Verträgen beschäftigt. Sie gab jedoch nach ihrer Art nur Entscheidungen von einzelnen Fällen und nicht die Gründe dafür. Regelsberger[38]) bringt in diesem Zusammenhang ebenso wie Enneccerus[39]) den bekannten von Gaius, Inst. III., § 146 besprochenen Fall: Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim ut in singulos, qui integri exierint pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille quaeritur utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur et magis placuit eorum, qui integri exierint locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione.

---

[33]) RGZ. 57, 165; 78, 43; 79, 311, 436; 97, 220; RG. in Recht, 1918, Nr. 397.
[34]) Endemann, a. a. O., § 156, Anm. 9 und § 163, Anm. 26.
[35]) Endemann, a. a. O., § 118, Anm. 4 b.
[36]) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S. 105.
[37]) Enneccerus, a. a. O., § 223, S. 296, Anm. 3.
[38]) Regelsberger, Jher. Jahrbücher, Bd. 48, S. 459 und 462.
[39]) Enneccerus, a. a. O., § 223, Anm. 7, S. 296.

Verträge, die diesem von Gaius zur Erörterung gestellten Rechtsfalle entsprechen, finden sich im heutigen Rechtsleben nicht weniger oft als die obengenannten Verträge, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Es werden z. B. leicht zerbrechliche Gegenstände gegen Entgelt zur Benutzung überlassen, also vermietet, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß jeder unbeschädigt gebliebene Gegenstand zurückzugeben ist, während die beschädigten bezahlt werden müssen. In diesen Fällen ist nur ein Vertrag abgeschlossen, entweder der Miet- oder der Kaufvertrag. Wann es der eine oder der andere ist, das hängt von dem Eintritt eines Ereignisses ab, das hängt davon ab, ob die vermietete Sache einen Schaden nimmt. Es bleibt, wie Endemann[40]) sagt, lediglich „ungewiß in welche Obligationsart das Schuldverhältnis ausläuft". Niemals liegt hier ein aus mehreren Verträgen zusammengesetzter einheitlicher Vertrag vor, und deshalb muß auch die alternative Kombination der Verträge von den hier zu behandelnden Verträgen mit Typenvermengung scharf unterschieden werden.

Bei diesen als Vertragskoppelungen bezeichneten Verträgen kann höchstens einmal die Frage auftauchen, was geschieht, wenn ein Teil der Verpflichtungen entfällt, wird dadurch etwa der Bestand der anderen in irgendeiner Weise beeinflußt. Im übrigen aber ist die Frage, wie die einzelnen Verträge zu erfüllen sind, nur nach den für diese einzelnen Verträge bestehenden Vorschriften zu beurteilen. So könnte in dem oben angeführten Bierlieferungsvertrag die Behauptung von Mängeln des gelieferten Bieres auf die Erfüllung des Pacht- oder Darlehnsvertrages keinen Einfluß ausüben. Die zu erörternden Schwierigkeiten, die den gemischten Verträgen und damit auch den Verträgen mit Typenvermengung eigen sind, können hier nicht auftauchen.

Sie können es auch nicht bei den Typenverträgen des Gesetzes. Das ist selbstverständlich bei den Verträgen, bei denen der Tatbestand restlos nur einem Typus unterfällt. Die rechtliche Beurteilung dieser Verträge ist ohne weiteres dem Gesetz zu entnehmen. Fraglich ist jedoch schon, ob dies auch dann noch geschehen kann, wenn der Typenvertrag einen Zusatz erhält, der notwendig ist, um die typische Leistung überhaupt erfüllen zukönnen. Verliert der Vertrag durch einen solchen Zusatz bereits den Charakter des rein typischen und wird er zum gemischten Vertrage? Diese Frage ist sicher zu verneinen für diejenigen zusätzlichen Handlungen, die die Leistung erst ermöglichen, also für die Vorbereitungs- und Erfüllungshandlungen. Trotzdem stellt Lotmar[41]) die Vorbereitungshandlungen mit der Vertragsleistung auf eine Stufe und sieht sie, z. B. das Abmessen, Abwiegen und Bereitstellen der gekauften

[40]) Endemann, a. a. O., § 118, Anm. 4 b.
[41]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 195 und 198.

Waren als selbständige Arbeitsleistungen an. Diese Arbeitsleistungen sollen jedoch als vertragliche Nebenleistungen von der Hauptnämlich der Sachleistung absorbiert werden. Auf diese Weise kommt schließlich auch Lotmar in allen diesen Fällen zur Annahme nur e i n e s Vertrages. Mit zutreffender Begründung weist Höniger[42]) demgegenüber an den eigenen Beispielen Lotmars nach, daß die von ihm angeführten zusätzlichen Handlungen keinerlei Einfluß auf den Kaufvertrag ausüben. Sie können nicht Gegenstand eines selbständigen Gläubigerrechtes und eines klagbaren Anspruches sein.

Ebenso verhält es sich bei denjenigen Handlungen, die nur in Erfüllung der geschuldeten Leistung ausgeführt werden. Das Einpacken der Ware und deren Übergabe, die sich bis zu einer Versendung derselben steigern kann, ist von der Leistung gar nicht zu trennen. Zum gleichen Ergebnis, daß die Übersendung nur ein integrierender Bestandteil der Erfüllungstätigkeit ist, kommt Franz Leonhard[43]), obwohl er von anderen Gedankengängen ausgeht. Höniger[44]) spricht hier nicht unpassend von einem „gestreckten Erfüllungsvollzug" und Endemann[45]) von einer „Abwandlung des Erfüllungsvollzuges". Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte[46]) sagt, daß „die Pflichten des Verkäufers mit der Vornahme des dinglichen Erfüllungsgeschäftes durchaus noch nicht erfüllt sind". Die Vorbereitungs- und Erfüllungshandlungen werden hier als Nebenpflichten des Verkäufers bezeichnet und die Verpflichtung zu ihrer Leistung wird aus dem im § 242 BGB. ausgesprochenen Grundsatz hergeleitet, soweit „sie nicht nach der im Verkehr üblich gewordenen Gewohnheit" als stillschweigend mit übernommen gelten[47]).

In den meisten Fällen werden sich die Vorbereitungs- und Erfüllungshandlungen erkennbar von der eigentlichen Leistung abheben. Sie können, da sie mithin nicht als ein Mehr zu den sonst reinen Typenverträgen anzusehen sind, diese auch nicht variieren.

Schon eher geschieht das bei den Verträgen, deren Hauptinhalt zwar nach den Regeln e i n e r der im Gesetz geregelten Vertragstypen sich beurteilen läßt, die aber noch einen Zusatz enthalten, der sich als Tatbestandstück bei einer anderen Gesetzestype findet, ohne jedoch dem in diesem Typenvertrage ausgebildeten Tatbestande w e s e n t l i c h zu sein. Das abweichende Tatbestandsstück ist dort, wie Höniger[48]) sagt, nicht „typenbildend". Durch diese weitere Unterscheidung in „typenbildende" und „untypische" Vertragselemente innerhalb eines im Gesetz geregelten Vertragstypus

[42]) Höniger, Grundformen, S. 119 ff.
[43]) Leonhard in seiner Abhandlung „Erfüllungsort und Schuldort", S. 33 ff.
[44]) Höniger, Grundformen, S. 164.
[45]) Endemann, a. a. O., § 163, Ziff. 5.
[46]) RGR. Komm. zu § 433, Anm. 8 c.
[47]) So auch OLG. 20, 167; Warneyer, 1912, Nr. 200; J. W. 1922, Nr. 287.
[48]) Höniger, Grundformen, S. 43 ff.

kommt Höniger zu der Bildung einer „Grundform ohne Typenvermengung". Auch diese Grundform enthält für Höniger eine neue im Gesetz nicht vorkommende Kombination gesetzlicher Tatbestandsstücke aus verschiedenen Kategorien und gehört deshalb zu den gemischten Verträgen in seinem Sinne. Häufig kommt z. B. das nur beim Dienstvertrage im § 618 BGB. geregelte Tatbestandsmerkmal der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft auch bei anderen Verträgen, insbesondere auch bei einem Werkvertrage vor. In derselben Weise können sich einzelne Elemente, die sich nur beim Kauf finden, etwa die Versendung von Sachen auf Verlangen des Käufers, Lieferung nur der Gattung nach bestimmter Gegenstände, auch beim Abschluß anderer Typenverträge wie der Miete, dem Darlehn u. a. als Vertragsbestandteile vereinbart werden. Die auf diese Weise entstehenden Verträge verlieren zwar mehr oder weniger den Charakter des rein typischen, als Mischverträge nach der oben gegebenen Bestimmung kann man sie jedoch nicht ansehen, und damit auch nicht als Verträge mit Typenvermengung. Man wird sie vielleicht passend zur Abgrenzung von den reinen Typenverträgen, die das Gesetz als Regel angenommen und normiert hat, als unregelmäßige Verträge oder unregelmäßige Typenverträge bezeichnen können. Die bei ihnen durch die Abweichung vom Grundtypus entstehenden Rechtsfragen werden unter dem Gesichtspunkt der Analogie zu behandeln sein.

Nicht identisch mit diesen unregelmäßigen Typenverträgen, die von der weiteren Betrachtung ausscheiden, sind diejenigen Verträge, die Enneccerus[49]) im Gegensatz zu den gemischten Verträgen im weiteren Sinne gestellt und für die er die Bezeichnung „typische Verträge mit untergeordneten, andersartigen Leistungen" geprägt hat. Auch bei diesen Verträgen sollen die „andersartigen" Leistungen bei einer anderen Vertragsart als der des Grundtypus geregelt sein. Sie sollen jedoch dem Grundtypus, dessen Tatbestand und Leistung als Hauptzweck erscheint, nur untergeordnet und ihr gegenüber nur Nebenzweck sein. Zu dieser Unterscheidung in Haupt- und Nebenleistung oder besser gesagt in wesentliche und unwesentliche (nebensächliche) Leistungen können nur wirtschaftliche Gesichtspunkte führen. Davon scheint auch Enneccerus auszugehen, wenn er bei Besprechung der hier von ihm gegebenen Beispiele der Zimmermiete mit Bedienung, und des Kaufes von Getreide in Säcken, die zurückgegeben werden müssen[50]) seine Ansicht (gegen Höniger[51])) damit verteidigt, daß eine „gesunde wirtschaftliche Betrachtung die Bedienung bzw. die Gebrauchsgewährung der Säcke als Nebenleistung" erkennen läßt. Abgesehen da-

[49]) Enneccerus, § 323 C, III, 1, S. 300, Anm. 23.
[50]) Enneccerus, a. a. O., § 323 C III. Anm. 19, S. 300.
[51]) Höniger, Grundformen, S. 105 ff.

von, daß die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien sich keineswegs in gleicher Richtung zu bewegen brauchen, ja oft entgegengesetzt sind, und zwar so, daß die eine Leistung für diese Partei von alleiniger Bedeutung ist, während sie dagegen für die andere Partei nur nebensächliche Bedeutung hat, kann die Erheblichkeit der andersartigen, der akzedierenden Leistung niemals für die Bildung gemischter Verträge maßgebend sein.

In dem Beispiel der Zimmermiete mit Bedienung treten zwei verschiedenartige typische und auch typenbildende Leistungen, und zwar die des Dienstvertrages und die der Miete zusammen und mischen sich zu einem einheitlichen Vertrage. Es liegt also hier, ebenso wie bei dem Kauf des Getreides in Säcken, die später zurückzugeben sind, ein Vertrag mit Typenvermengung vor[52]).

Das scheint auch Franz Leonhard nicht bestreiten zu wollen, wenn er auch der Unterscheidung zwischen Haupt- und untergeordneten Leistungen eine besondere Bedeutung beimißt[53]). Auch er rechnet diejenigen einheitlichen Verträge, die neben einer Hauptleistung zu Leistungen von minderer Bedeutung verpflichten und die er deshalb „Artverträge mit Beimischung" nennt zu den gemischten Verträgen überhaupt. Es ist deshalb nicht ohne weiteres erklärlich, wenn er trotzdem die hier vertretene Ansicht Hönigers bekämpft und leugnet, daß bei einer Mischung wirtschaftlich bedeutenderer und schwächerer Leistungen in einem einheitlichen Vertrage, auch ein gemischter Vertrag vorliegt. Dieses Vergehen Leonhards ist jedoch dadurch gerechtfertigt, daß er in seiner Gruppe „Artverträge mit Beimischung" nicht nur die hier als gemischte Verträge erkannten „Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen" sondern die hier ausgeschiedenen „Verträge mit gestrecktem Erfüllungsvollzug" einbezieht, wie sich aus dem von ihm angeführten Beispiel von der Übergabepflicht der gekauften Sache beim Kaufe ergibt[54]). Sodann bringt Leonhard die Erörterung der Frage, ob und inwieweit die Nebenleistungen den Gesamtcharakter des Vertrages ändern können, unmittelbar und ungetrennt im Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit die im Gesamtvertrage mit den Normen der Hauptleistung kollidierenden Rechtsfolgen der unbedeutenden Leistungen in Einklang zu bringen sind[55]). Daß aber der Einfluß, den das andersartige Element in einem zusammengesetzten Vertrage ausübt, für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung sein kann, soll auch hier nicht bestritten werden.

Es würde hier die Frage entstehen, ob und inwieweit die dem abweichenden und untergeordneten aber typenbildenden Tatbe-

[52]) So auch Kober bei Staudinger, Bd. II, 1, Vorbem. zu § 305.
[53]) Leonhard, Schuldrecht I., §§ 152 ff.
[54]) Leonhard, a. a. O., § 152, S. 326.
[55]) Leonhard, a. a. O., §§ 154 und 155.

standstücke zugehörigen Normen, mit denen dem Haupttypus zugehörigen verbunden angewandt werden, wie weit also diese beiden Normengruppen ineinandergreifen können, oder ob, weil der Einfluß der andersartigen Leistung auf den ganzen Vertrag zu gering ist, nur die Normen des Haupttypus, der Hauptleistung Anwendung finden, der Gesamtvertrag also eintypisch zu subsummieren ist. Das sind aber dieselben problematischen Fragen, wie sie noch bei der Behandlung der verschiedenen Methoden zur rechtlichen Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung auftauchen und zu erörtern sein werden.

Zu den Verträgen mit „untergeordneten andersartigen Leistungen" rechnet Enneccerus[56]) auch die Gesellschaftsverträge, bei denen als Beiträge die typischen Leistungen aus den einzelnen Verträgen des besonderen Teils des Schuldrechts geschuldet werden, bei denen z. B. Dienste zu leisten sind. Enneccerus tut dies deshalb, weil „der typische Vertrag allerdings regelmäßig zu der seinem Hauptzweck untergeordneten Leistung verpflichtet, sie aber nur in ganz allgemeiner Weise bestimmt". In Wahrheit handelt es sich hier gar nicht um andersartige Leistungen, denn die Beiträge eines Gesellschafters können eben in Diensten bestehen, wie überhaupt in Sachleistungen jeder Art (§ 706 Abs. 2 BGB.). Der Gesellschaftsvertrag ist und bleibt, auch, wenn Sachleistungen, Dienstleistungen und Gebrauchsgewährungen versprochen sind, ein typischer Gesellschaftsvertrag. Das sagt Enneccerus selbst[57]). Es ist deshalb auch unzutreffend, die Gesellschaftsverträge als gemischte Verträge zu bezeichnen, zum mindesten als solche in dem hier verstandenen Sinne. Wollte man das tun, dann müßte man unter den Begriff der gemischten Verträge wohl alle Gesellschaftsverträge bringen. Es wird kaum einen Gesellschaftsvertrag, der doch auf einen bestimmten Zweck gerichtet sein muß, geben, bei dem neben der Geldleistung nicht noch eine andere Beitragsleistung versprochen wird[58]). Das scheint auch Schreiber[59]) nicht zu verkennen, wenn er eine Grundform der gemischten Gesellschaftsverträge nur deshalb bildet, weil die im Abschnitt VII des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgenommenen Gesellschaftsregeln mit den Regeln anderer Typen auf denselben Vertrag anzuwenden sind und n i c h t, weil verschiedenartige Leistungen unter der Form der Gesellschaftsbeiträge zusammentreten. Ob aber außer dem Gesellschaftsrecht auf den einzelnen Vertrag etwa im Wege der Analogie die Grundsätze anderer Vertragstypen anzuwenden sind, ist hier nicht zu untersuchen, wenn man fest-

[56]) Enneccerus, a. a. O., § 323.
[57]) Enneccerus, § 323, Anm. 23, S. 300.
[58]) Fränkel, Zwitterverträge, Jur. Diss., 1913, S. 3.
[59]) Schreiber, a. a. O., Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 222.

stellen muß daß diese Verträge eintypisch sind und deshalb bei der Betrachtung der Verträge mit Typenvermengung ausgeschieden werden müssen.

Zudem ist der Streit darüber, ob die Gesellschaftsverträge überhaupt als gegenseitige Verträge, wie sie hier nur behandelt werden sollen, anzusehen sind, noch immer nicht abgeschlossen[60]).

Auch die letzte Grundform in Hönigers und Schreibers System der gemischten Verträge kann hier nicht einbezogen werden.

Höniger[61]) vereinigt unter dieser „Grundform mit Typenvermengung durch vermischte Entgeltlichkeit" Verträge, in denen Synallagma, Gesellschaft und Unentgeltlichkeit vermischt auftreten. Schreiber[62]) spricht von einer Gruppe der „additiv gemischten Verträge" und bringt in dieser sehr weitgefaßten Gruppe neben vielem anderen auch die Verträge mit gemischter Entgeltlichkeit unter. Das Hauptbeispiel dieser beiden Gruppen ist die gemischte Schenkung, die Enneccerus[63]) als gemischten Vertrag im „engeren Sinne" und als einzigen Fall der innerhalb dieser Gruppe im Verkehrsleben von größerer Bedeutung ist, besonders behandelt[64]). Auf diese Verträge ist hier ebenfalls schon deswegen nicht näher einzugehen, weil es sich nicht um gegenseitige handelt. Unter gegenseitigen sollen hier nur die Verträge verstanden werden, bei denen sich regelmäßig ungefähr „äquivalente" (vgl. die Neuwertung dieses Begriffs in der Inflationszeit) Rechte gegenüberstehen, bei denen beide Teile von vornherein Gläubiger und Schuldner sind. Damit fallen nicht nur Mischtatbestände mit völlig unentgeltlicher Leistung, die niemals gegenseitige Verträge bilden können, ohne weiteres weg, sondern auch die Tatbestände mit halb oder besser gesagt mit teils entgeltlichen teils unentgeltlichen Leistungen.

Die Bezeichnung „additiv gemischte Verträge", wie sie Schreiber[65]) diesen Verträgen im Gegensatz zu seinen drei ersten Gruppen, den „organisch gemischten Verträgen" gegeben hat, weist schon darauf hin, daß wir es hier nicht mit Verträgen mit Typenvermengung zu tun haben. Eine Vermengung setzt eben, wie schon gesagt, eine enge, mehr organische Verbindung voraus. Höniger und Schreiber[66]) sind sich auch darin einig, daß alle zu ihrer letzten Gruppe gehörenden Fälle sich „ohne weiteres durch bloßes Neben-

[60]) Die ganz überwiegende Lehre ist dafür, s. Oertmann zu § 705, Anm. 4, S. 1133. Dagegen Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 259 und Titze, Recht der Schuldverhältnisse in Kohlrausch und Kaskel, Enzyklopädie, S. 117, und in Unmöglichkeit der Leistung ... S. 309 ff.
[61]) Höniger, Grundformen, S. 168 ff.
[62]) Schreiber, Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 224.
[63]) Enneccerus, a. a. O., § 323 B II, S. 268.
[64]) Enneccerus. a. a. O., § 347.
[65]) Schreiber, a. a. O., S. 224.
[66]) Höniger, Grundform, S. 187; Schreiber, a. a. O., S. 224.

einandertreten bilden, ohne daß es einer besonderen Verknüpfung bedarf". Diese Auffassung macht es auch erklärlich, daß bei ihnen, ebenso wie bei anderen Schriftstellern[67]) die Frage, ob die Verträge mit gemischter Entgeltlichkeit überhaupt als einheitliche Verträge anzusehen sind oder nicht, als eine besonders schwierig zu beantwortende bezeichnet wird. Zerlegt man diese Verträge noch, wie es verschiedentlich verlangt wird[68]), zum Zwecke ihrer rechtlichen Beurteilung in ein entgeltliches und ein unentgeltliches Geschäft, so wird dies leicht dazu führen, daß dann die einzelnen Bestandteile des Vertrages als juristische Sonderexistenzen behandelt werden. Damit wird aber zugleich die innere Einheit der Verträge in Frage gestellt. Indem man das tut, verneint man auch schon die Zugehörigkeit dieser Verträge zu den gemischten Verträgen, die immer einheitliche Verträge sind, und auch als einheitliche Verträge behandelt werden müssen.

Die Frage nach der rechtlichen Beurteilung dieser Verträge, die Frage nach ihren Rechtsfolgen greift aber schon hinüber zu der Frage, w i e, nach welcher Methode sind die Rechtsfolgen zu den hier zu behandelnden Verträgen mit Typenvermengung zu bestimmen, w i e sind diese Verträge mit dem Gesetz in Übereinstimmung zu bringen.

§ 4. Die Methoden der rechtlichen Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung.

In der Literatur gehen die Ansichten nach welchen Grundsätzen die Normen für die gemischten Verträge im allgemeinen und für die Verträge mit Typenvermengung im besonderen zu finden sind, sehr auseinander.

Es stehen sich die Vertreter der sogenannten Absorptionstheorie, welche die gemischten Verträge überhaupt stets nur unter e i n e n der im besonderen Teil der Schuldverhältnisse normierten Typenverträge subsumiert wissen wollen, gegenüber den Anhängern derjenigen Richtungen, welche die Vorschriften aller der in dem einheitlichen Gesamtvertrage zusammentreffenden Vertragstypen anwenden und die Wirkungen aller Rechtsverhältnisse verbinden wollen. Bei den letzteren wieder herrscht Streit darüber, wie diese Anwendung zu geschehen hat, ob unmittelbar oder nur auf dem Wege der Analogie.

---

[67]) Enneccerus, a. a. O., § 347, II, 2; Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 518, 8; Planck, Komm. zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse zu 516, 6; Schreiber, a. a. O., S. 223; Müller, a. a. O., S. 223 ff.; Regelsberger, a. a. O., S. 463.

[68]) RGZ. 68, 326 ff.; siehe auch Schreiber, a. a. O., S. 224.

Denkbar ist schließlich drittens noch, daß man die Verträge mit Typenvermengung, weil sie im besonderen Teil des Schuldrechts nicht besonders geregelt sind, lediglich den Regeln des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse unterwirft. Dieser Versuch ist jedoch wegen seiner Undurchführbarkeit nicht weiter zu verfolgen. Der allgemeine Teil der Schuldverhältnisse enthält eben keine Vorschriften darüber, wie und wann z. B. ein Vertrag, in welchem die typischen Leistungen des Miet- und des Dienstvertrages vermengt auftreten (Hausmeistervertrag) zur Auflösung gelangt. Ebenso fehlt es dort an einer Regelung der einzelnen, sich aus solchem Vertrage ergebenden Ansprüche.

Als allein gangbarer Weg bleibt daher die Anwendung der jeweiligen besonderen Vorschriften der einzelnen gesetzlichen Schuldverhältnisse. Daneben greifen die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse ebenso Platz, wie bei der Beurteilung der reinen Typenverträge.

Das Gesetz selbst enthält keine grundsätzliche Bestimmung darüber, in welcher Weise diese Anwendung zu geschehen hat.

Lotmar[69]) versucht zwar in seinem Werke „der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches" an einer Reihe von Gesetzesvorschriften[70]) nachzuweisen, daß das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch nur den Standpunkt der von ihm vertretenen Absorptionstheorie einnehmen kann. Höniger[71]) widerspricht jedoch und behauptet sogar, daß acht von den von Lotmar zitierten Gesetzesstellen für seine Kombinationsmethode sprechen. Auch die Motive[72]) nehmen zum Problem der gemischten Verträge keine Stellung. Sie verweisen die einzelnen Fälle und ihre Ausgestaltung vielmehr in das Gebiet der Wissenschaft. Sie haben jedoch an den Tatbestand eines doppeltypischen Miet-Dienstvertrages gedacht und in bezug auf die Entrichtung des Mietzinses ausgeführt[73]) „für den Mieter wird durch den Mietsvertrag als Hauptverbindlichkeit die Verpflichtung begründet, dem Vermieter die vereinbarte Gegenleistung zu entrichten. Während nach römischem Rechte der Vertrag nur dann Miete ist, wenn die Gegenleistung in Geld besteht, und auch einzelne neue Gesetzgebungswerke bestimmen, teils, daß der Mietzins in Geld, teils, daß er in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen oder in Dienstleistungen bestehen müsse (Hess. Entwurf Art. 155 Abs. 2; Sächs. BG. § 1190; Dresdner Entwurf Art. 540), wird in dem Entwurf im Anschluß an die neuere Doktrin des gemeinen Rechts, den bayr. Entwurf Art. 404 und das Schweiz. Bd.

[69]) Lotmar, a. a. O., Bd. I, S. 182 ff.
[70]) §§ 651 I, S. 1 und 2; 675; 670 BGB.; §§ 381 II, 406 II HGB.
[71]) Höniger, Grundformen, S. 367 ff.
[72]) Motive II, 2.
[73]) Motive II, S. 372.

Ges. Art. 274 davon ausgegangen, daß Leistungen jeder Art als Gegenleistung für den Gebrauch der Sachen vereinbart werden können, ohne jedoch damit die Frage entscheiden zu wollen, nach welchen Rechtsnormen im einzelnen Falle der Vertrag zu beurteilen ist, durch welchen für den Gebrauch einer Sache eine solche Gegenleistung übernommen ist, deren entgeltliche Übernahme — für sich betrachtet — ein anderes Geschäft darstellt. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht bei einem solchen Vertrage sowohl die für den Mietvertrag als auch die für das andere Geschäft, z. B. Werkvertrag geltenden Rechtsnormen nebeneinander Anwendung finden".

Die Motive lassen also auch, wie sich insbesondere aus dem letzten Satz ergibt, die Frage nach der Methode, nach der die Rechtsfolgen der doppeltypischen Verträge zu bestimmen sind, offen.

Die Absorptionstheorie, deren Hauptvertreter Lotmar ist, war bis zu Hönigers Werke die allein herrschende und wurde auch vom Reichsgericht vertreten[74]). Diese Theorie verlangt, daß bei einer Vermengung von Vertragstypen zunächst der Hauptvertragstyp herauszusuchen ist. Die Rechtsregeln nur dieses Typus sollen dann das ganze Rechtsgeschäft beherrschen. Die Regeln, die sich auf den anderen Teil des Mischgebildes beziehen, werden ausgeschlossen, sie werden von dem dominierenden Teil absorbiert.

Für eine strenge Durchführung des Absorptionsprinzipes sind Dernburg[75]), Krückmann[75]), Endemann[75]), Crome[75]); ebenfalls grundsätzlich Absorption, jedoch auch Berücksichtigung allerdings nur durch subsidiäre Anwendung auch der Regeln des Nebentyps verlangen Planck[76]), Cosak[76]), der Kommentar der Reichsgerichtsräte, zum Teil auch Staudinger[76]) und v. Blociszewski[76]). Dieser letztere Autor faßt das Ergebnis seiner Untersuchung dahin zusammen, daß wir, wenn eine Vermengung von Vertragstypen vorliegt, „unser Augenmerk zunächst darauf zu richten haben, was die Hauptleistung ist. Nachdem wir diese ermittelt haben, wenden wir auf das ganze Rechtsgeschäft die Normen dieses gefundenen Typs an; insoweit diese Rechtsregeln nicht ausreichen, finden die Normen des anderen Vertragstyps Anwendung und füllen so die Lücken aus, die der Haupttyp gelassen hat".

---

[74]) RGZ. 48, 89 ff.; 68, 326 ff.; RG. in Recht 14, Nr. 1441, Nr. 2897, Nr. 4075; RG. in LZ. 2, 68 ff.

[75]) Dernburg, a. a. O., § 215 III, S. 179; Krückmann, Institionen des BGB., S. 268; Endemann, a. a. O., Bd. I, § 167, Anm. 29, S. 1043; Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. II, 1, § 234, S. 534.

[76]) Planck, Schuldverhältnisse, S. 542; Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts, I., S. 484; RGR. Komm. § 305, Anm. 2; Staudinger, a. a. O. Blociszewski, Die Vermengung von Vertragstypen, Jur. Diss., S. 45.

Auch Enneccerus[77]) gehört zu dieser gemäßigten Gruppe. Er läßt jedoch auch, und zwar nach Maßgabe des wirtschaftlichen Zweckes und der berechtigten Interessen der Parteien Kombination der einzelnen Rechtsfolgen zu, wenn die Lage des Einzelfalles es erfordert.

Die Absorptionstheorie macht es notwendig, nach einem Unterscheidungsmerkmal zwischen Haupt- und Nebentyp zu suchen. Die meisten Schriftsteller verzichten darauf, ein derartiges Merkmal zu geben. Sie stellen die Abgrenzung der haupt- von der nebensächlichen Leistung in das freie Ermessen des erkennenden Richters. Lotmar[78]) will die Entscheidung nicht „nach subjektiven Intentionen, sondern nach äußeren, und zwar wirtschaftlichen Merkmalen" treffen. Für ihn ist diejenige Leistung maßgebend und herrschend, die als „Einkommensquelle" zu gelten hat, und die ein dauerndes wirtschaftliches Bedürfnis befriedigt.

Schon bei der Besprechung der von Enneccerus[79]) gewählten Gruppe, der „Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen", wurde darauf hingewiesen, daß eine Trennung der in einem einheitlichen Vertrage zusammentreffenden Leistungen in haupt- und nebensächliche, nach ökonomischen Gesichtspunkten, wenn überhaupt, so doch nur sehr schwer und nur unzureichend durchzuführen ist. Höniger[80]) hat sogar die Unmöglichkeit einer solchen Scheidung ausführlich zu begründen versucht und hat, wie Schreiber[81]) meint, dies so gründlich und überzeugend getan, daß auf seine Ausführungen nur verwiesen zu werden braucht.

Schreiber[82]) lehnt die Absorptionstheorie ebenso schroff ab wie Höniger. Beide Schriftsteller tun das einmal, weil es für sie an einem Maßstab dafür fehlt, welcher Vertragstyp als der minder bedeutungsvolle anzusprechen und deshalb zu absorbieren ist, sodann, weil schlechterdings mit dem Absorptionsprinzip praktisch nicht auszukommen ist und es zu Härten führen müßte, wollte man den ganzen Vertrag unter einen Vertragstyp zwängen. Eine entsprechende Begründung gegen die Verwendbarkeit der Absorptionstheorie geben Wilhelm Müller[83]) für die gemischte Schenkung und Gustav Rümelin[84]) für den Dienst- und Werkvertrag.

Daß man in keinem Falle mit der Absorptionstheorie zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen kann, wird zunächst nicht erklärlich erscheinen, wenn man an die Beispiele denkt, die Ennec-

[77]) Enneccerus, a. a. O., § 323, S. 295.
[78]) Lotmar, a. a. O., Bd. I, S. 687 ff.
[79]) Enneccerus, a. a. O., § 323 C, S. 299.
[80]) Höniger, Grundformen, S. 89 und 138.
[81]) Schreiber, a. a. O., S. 199.
[82]) Schreiber, a. a. O., S. 193 ff.
[83]) Müller, Die gemischte Schenkung, a. a. O., S. 227.
[84]) Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 303 ff.

cerus bei Besprechung seiner „Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen" gegeben hat, und die wir bereits als Verträge mit Typenvermengung charakterisiert haben, nämlich an die Miete möblierter Zimmer mit Bedienung und den Kauf von Getreide in Säcken, die zurückgegeben werden müssen. Die Kommentatoren[85]) sprechen sich auch fast durchweg für die eintypische Subsumtion dieser Verträge aus. Das juristische Wesen des ersten Vertrages soll sich allein nach Miet-, der des letzteren nach Kaufrecht bestimmen. In beiden Fällen findet damit Absorption der Rechtsfolgen statt. Die im ersten Falle außer der Wohnung noch gewährten Leistungen wie Aufwartung, etwa Lieferung von Frühkaffee werden als Nebenleistungen zur Miete und die Vergütung für diese Leistungen als Forderungen aus dem Mietvertrag angesehen. Josef[86]) hält die Verpflichtung zur Reinigung des Zimmers sogar als eine der sich aus § 536 BGB. ergebenden Pflichten des Vermieters zur Überlassung und Erhaltung der Mietssache. Richtig ist, daß das Entgelt für die Bedienung oder im zweiten Beispiel für die Hingabe der Säcke bei der Lieferung des Getreides im Verhältnis zu dem für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung oder für den Verkauf des Getreides zumeist nur sehr gering sein wird und in sehr vielen Fällen nicht einmal besonders festgesetzt zu werden pflegt. Das Entgelt für die einzelnen Leistungen kann aber noch keinen Maßstab für die juristische Bewertung derselben bilden. Die im Verhältnis zur Hauptleistung nur geringe Bezahlung der Nebenleistung berechtigt daher noch lange nicht zu der Forderung, der Nebenleistung überhaupt alle Rechtsfolgen abzusprechen. Wollte man das tun, so müßte man notwendigerweise ein Werturteil zugunsten einer Partei fällen und dem Empfänger des als Nebenleistung herausgefundenen Versprechens den ausreichenden Rechtsschutz versagen. Das hätte aber die Durchbrechung des im geltenden Schuldrecht herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit zur unmittelbaren Folge. Die ungleiche Bezahlung der einzelnen Leistungen besagt aber auch nichts über den Wert, den diese Leistungen gerade für die Partei haben. Es ist durchaus denkbar, daß es einer Partei ebenso auf Erfüllung der Nebenleistung ankommt, wie auf die der Hauptleistung. Objektive Merkmale reichen daher zur Unterscheidung von wesentlichen Leistungen und von nur nebensächlichen nicht aus. Es würde bei einem derartigen Vorgehen oft recht willkürlich verfahren werden müssen und es würden trotzdem nur ungenaue Resultate erzielt werden. Die sub-

[85]) RGR. Komm. § 433, Anm. 10, § 535, Anm. 2; Staudinger, § 448, Anm. 2; Oertmann, Vorbem. zu § 536, Anm. 2 c, S. 743; Sörgel, § 535, Anm. 2, S. 851, 4. Aufl. 1929.

[86]) Josef, Gruchot, Bd. 49, S. 738 ff.; ähnlich Mittelstein, S. 43, Nr. 3, S. 381; Niendorff, S. 401; Dernburg, Bd. 2, § 275 III; OLG. 27, S. 156 und 26, S. 392; JW. 1905, S. 19.

jektiven Gesichtspunkte aber, die für die Parteien für die Wertbemessung der Leistungen maßgebend waren, werden in der Regel nicht hinreichend erkennbar sein, stimmen auch oft nicht überein und könnten als Motive zum Vertragschluß nur in beschränktem Umfange Berücksichtigung finden. Ein festes Kriterium, unter welche der einzelnen Vertragstypen der Vertrag mit Typenvermengung unterzubringen ist, ist schlechterdings nicht zu finden. Das beweist am besten die Tatsache, daß sich die Anhänger der Absorptionstheorie, nicht einmal bei der Behandlung des Hausmeistervertrages, wo sich zwei verschiedene typische Leistungsversprechen gegenüberstehen, die doch zum mindesten annähernd gleichwertig sind, darüber einig sind, unter welchem Vertragstyp dieser Vertrag zu subsumieren ist[87]).

Es ist aber auch unbillig, die Ansprüche, die sich aus einer Nicht- oder Schlechterfüllung ergeben, deswegen unberücksichtigt zu lassen, weil sie durch das Fehlen besonderer Vorschriften beim absorbierenden Vertragstyp eine rechtliche Begründung nicht finden. Die Absorptionstheorie ist daher abzulehnen, zum mindesten in ihrer strengen Durchführung.

Man wird versuchen müssen, dadurch zu einem brauchbaren Ergebnis zu gelangen, daß man die Rechtsfolgen aller im einheitlichen Vertrage vermengten Vertragsarten anwendet und miteinander verbindet.

Einen Versuch in dieser Richtung hat einmal Höniger mit seiner Kombinationstheorie gemacht und nach ihm Schreiber mit der Methode der analogen Rechtsanwendung. Der Unterschied zwischen den beiden Theorien ist in ihrem Ausgangspunkt und in ihrem Endzweck kein zu großer. Meinungsverschiedenheit besteht nicht in der Frage, w e l c h e Rechtsnormen anzuwenden sind, sondern darin, w i e diese Rechtsnormen zu finden sind.

Höniger[88]) behandelt die einzelnen Bestandteile des gemischten Vertrages als gleichwertig und verlangt unmittelbare Anwendung a l l e r, der den einzelnen Tatbestandsstücken nach den im Gesetz ihnen zukommenden Rechtsfolgen. Er knüpft an den von Gustav Rümelin in seinem Werke „Dienstvertrag und Werkvertrag" bei der dort vorgenommenen Untersuchung über die Gefahrtragung bei diesen Verträgen ausgesprochenen Grundsatz an, daß jedes Tatbestandsstück eines Vertrages eine besondere rechtliche Normierung nach sich zieht[89]). Er behauptet, daß ein abstrakter Zu-

[87]) Endemann, a. a. O., § 162, Anm. 29; Sörgel, Komm. zum BGB., 4. Aufl., 1929, § 535, Anm. 2, S. 851 sehen diesen Vertrag als Dienstvertrag an, ebenso Crome, § 235, Anm. 25, ähnlich auch Dernburg, a. a. O., § 215 III. Dagegen nehmen Kober bei Staudinger, a. a. O., Bd. II, S. 877 und Eck, a. a. O. II, S. 481 einen Mietvertrag an. Siehe auch hierzu Höniger, Grundformen, S. 481.

[88]) Höniger, Grundformen, S. 383 ff.

[89]) Rümelin, a. a. O., S. 304.

sammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen bestehe, und daß die Rechtsfolgen eines gemischten Vertrages sich in derselben Weise und in demselben Verhältnis mischen, wie die Tatbestände dieses Vertrages. Für ihn ist es deshalb notwendig, die im Gesetz im konkreten Zusammenhang vorkommenden Tatbestandsstücke aus diesen Verbindungen zu lösen und sie so mit den ihnen abstrakt zukommenden Rechtsfolgen zu verbinden. Höniger[90]) will also aus den im Gesetz vorkommenden einzelnen Teilen eines Tatbestandes durch einfaches Zusammensetzen ein Ganzes bilden. Nach ihm sind „die gesetzlichen Tatbestände gewissermaßen die Gebäude, die zwar auf Abbruch stehen, aus deren Bausteinen aber, mögen sie auch einmal nicht recht behauen sein, allein der neue Bau aufgeführt werden soll“[91]). Seine Untersuchung läuft auf die Forderung hinaus „im Gebiete des speziellen Obligationenrechts die gesetzlichen Vorschriften aus ihrem engen Zusammenhang zu lösen und sie in einen anderen Zustand systematischer Ordnung überzuführen“[91]).

Auch Lent[92]) spricht sich für die „Kombination der Gesetze“ sowohl aus theoretischen wie aus praktischen Gründen aus und erklärt es für das naturgemäße in einem Vertrage mit Typenvermengung alle Typen und ihre Regel zu vereinigen. Dennoch aber ist das Prinzip der Kombination, wie er es auffaßt, ein anderes als es Höniger in seinem Werke entwickelt und zur Grundlage seiner Lehre gemacht hat. Lent macht, und darin ist ihm unbedenklich zu folgen, die Entscheidung über die Anwendung der einzelnen, im Vertrage mit Typenvermengung zusammentreffenden Bestimmungen in jedem besonderen Falle von dem Passen von der Nützlichkeit abhängig. Er verlangt die Vereinigung aller passenden und die Ausmerzung aller undurchführbaren, sich widersprechenden Vorschriften. Dieser Vorschlag Lents bewegt sich ungefähr in derselben Richtung wie die Methode zur Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung, wie sie hier noch in Vorschlag gebracht wird und durchgeführt werden soll.

Gegen die Lehre Hönigers hat nun Schreiber erhebliche Bedenken geltend gemacht. „Selbst wenn die von Höniger beabsichtigte Riesenarbeit geleistet ist, wenn sämtliche Tatbestände des geltenden Schuldrechts auf ihre Rechtsfolgen, ihre Kombinationsmöglichkeiten usw. untersucht sind, was wäre damit“, so fragt Schreiber[93]) „für die Rechtsprechung gewonnen? Lediglich ein Material“, so antwortet er „nachdem man nicht arbeiten kann, ehe es nicht kodifiziert ist“. Hierin ist Schreiber beizustimmen. Jedes

[90]) Höniger, Grundformen, S. 382.
[91]) Höniger, Grundformen, S. 387.
[92]) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I, S. 210. Ebenso hat sich das Reichsgericht in JW. 1926, S. 1949 für das Kombinationsprinzip von Höniger entschieden.
[93]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 208.

Gesetz würde es von neuem notwendig machen, die gesetzlichen Tatbestände in ihre Elemente zu zerlegen und auf ihre Funktionen zu untersuchen. Die von Höniger in Aussicht genommene Arbeit müßte darum immer unvollkommen bleiben.

Schreiber meint aber auch, daß man mit der Kombinationstheorie keine brauchbaren Ergebnisse erzielen könne. Zudem entspreche diese Theorie nicht dem Gesetz und verkenne das Wesen der Vertragstypen als untrennbare Organismen[93]).

Schreiber bringt seinerseits für die rechtliche Behandlung der gemischten Verträge die Methode der analogen Rechtsanwendung in Vorschlag. Diese Methode verlangt ebenfalls die Verbindung der Rechtsfolgen aller der im Gesamtvertrage vermengten Vertragstatbestände. Schreiber geht bei der Begründung seiner Methode davon aus, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch die Regeln des speziellen Schuldrechts auf ganz bestimmte Vertragstypen abgestellt sind. Eine Rechtsnorm könne aber, so meint er, unmittelbar nur dann angewendet werden, wenn der zu beurteilende Tatbestand in allem mit demjenigen übereinstimmt, den die betreffende Rechtsnorm vollkommen und ausschließlich voraussetzt. Er hält es daher für unzulässig, die Vertragstatbestände des Gesetzes in einzelne Tatbestandselemente zu zerlegen und dann gewissermaßen „entwurzelt unmittelbar anzuwenden"[94]). Für ihn bilden die gemischten Verträge ebenso ein einheitliches untrennbares, in sich geschlossenes und organisches Ganzes, wie jeder Typenvertrag im Gesetz. Für die gemischten Verträge, deren Tatbestand als Ganzes nun aber einmal im Gesetz nicht geregelt ist, und die deshalb eigenartige Verträge sind, gäbe es damit auch keine unmittelbare, sondern nur analoge Anwendung der Vorschriften des speziellen Schuldrechtes[94]). Die gesetzlichen Vertragsfälle sollen für den Richter nur Musterbeispiele sein. Der Richter soll dann für jeden einzelnen Satz der Vorschriften dieser Musterbeispiele nachprüfen, ob er „nach Interessenlage und Gesetzeszweck" auch in dem zu beurteilenden Falle Geltung haben kann und damit analog Anwendung finden darf. Schreiber verlangt, daß auf die Verträge mit Typenvermengung u n m i t t e l b a r nur die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse angewendet werden.

Schreiber vermeidet mit der von ihm empfohlenen Methode das Suchen der Rechtsfolgen nach einem starren System. Wenn Höniger vom Richter die Tätigkeit des Zusammensetzens verlangt, so fordert er die Nachbildung nach Rechtsähnlichkeit.

Zu fast dem gleichen Ergebnisse, wie Schreiber kommt v. Meerscheidt-Hüllesen[95]) in seiner Untersuchung über „die gemischten Verträge und die Verträge eigener Art".

[93]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 208.

[94]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 216 und S. 212.

[95]) v. Meerscheidt-Hüllessen, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art in der Deutschen Juristenzeitung von 1910, Zeile 856.

Berechtigt sind die Bedenken Schreibers gegen die Theorie Hönigers insoweit, als diese Theorie eine Zerlegung des Gesamtvertrages in seine einzelnen Tatbestandselemente fordert und nach Feststellung der Rechtsfolgen dieser einzelnen Tatbestandsstücke durch einfaches Zusammensetzen wieder ein Ganzes bilden will. Die Bedenken richten sich also gegen die Art und Weise wie Höniger die Kombination vorgenommen wissen will. Durch eine derartige Behandlung, wie sie Höniger verlangt, würden die Verträge mit Typenvermengung den Charakter eines organischen Gebildes verlieren. Die einzelnen Tatbestandselemente haben aber innerhalb des Gesamtvertrages nicht dieselbe Stellung und Bedeutung wie die nebeneinander stehenden Verträge bei den besprochenen Vertragskoppelungen. Tatsächlich würden sich sehr bald Schwierigkeiten ergeben, wollte man in jedem Zusammenhang alle zu den einzelnen Tatbestandsstücken des freigebildeten Vertrages gehörenden Rechtsfolgen zur Anwendung bringen. Dies vor allem dann, wenn die verschiedenen Tatbestandsmerkmale Rechtsfolgen nach sich ziehen, die sich einander ausschließen. Wäre es richtig, daß ein Tatbestandselement überall da, wo es in einem einheitlichen, freigebildeten gemischten Vertrage vorkommt, dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen muß, wie im gesetzlichen Tatbestand, dann wären Kollisionsfälle im Bereich der gemischten Verträge nicht denkbar. Aber auch Höniger[96]) muß zugeben, daß durch die Vermengung der Tatbestandselemente der gesetzlichen Vertragstypen im gemischten Vertrag Kollisionsfälle entstehen, deren rechtliche Lösung die größten Schwierigkeiten bieten. Er erklärt es selbst für die vollkommenste Lösung des Problems, wenn man eine ganz allgemeine Norm, eine „Absorptionsnorm" finden könnte, nach der dann in jedem einzelnen Falle zu entscheiden wäre. Diese Erkenntnis besagt aber nichts anderes, als daß mit der Kombination der Rechtsfolgen wie Höniger sie vornehmen will, zum mindesten nicht in allen Fällen praktisch durchzukommen ist. Den Beweis der Richtigkeit und praktischen Verwendbarkeit seiner Theorie will Höniger[97]) auch erst in dem zweiten Bande seiner „Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge" erbringen. Dieser Band steht noch aus.

Auch die Theorie Schreibers bringt noch keine vollkommene Lösung des Problems der rechtlichen Behandlung der gemischten Verträge. Diese Theorie wird zwar den Verträgen mit Typenvermengung insofern gerecht, als sie darauf Rücksicht nimmt, daß es sich bei diesen Verträgen um feste Organismen handelt und nicht bloß um eine Anhäufung von Tatbestandselementen. Diese Methode

[96]) Höniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Jur. Diss. 1906, S. 30 ff.

[97]) Höniger, Grundformen, S. 386.

wird bei ihrer praktischen Anwendung auch nicht so leicht zu unbilligen Ergebnissen führen, weil sie es dem Richter überläßt, frei, je nach Interessenlage und Gesetzeszweck zu entscheiden. Sie muß aber eine Unsicherheit in die Praxis hineintragen, die für den Rechtsverkehr von größtem Nachteil sein kann. Eine gewisse richterliche Willkür wird sich bei einem derartigen Vorgehen in der Beurteilung der einzelnen gemischten Verträge nicht vermeiden lassen. Dieser Übelstand könnte nur durch eine feststehende höchstrichterliche Rechtssprechung beseitigt werden. Eine derartige Rechtsprechung kann aber bei der fortschreitenden Entwicklung der Technik und des Verkehrs und des dadurch bedingten Entstehens der mannigfaltigsten und immer neuen Mischformen wiederum nicht alle Verträge oder auch nur Vertragskategorien erfassen. Die Rechtsfindung durch Analogieschluß soll schließlich auch nur dann Platz greifen, wenn der zu behandelnde Tatbestand als solcher eine Regelung im Gesetz nicht gefunden hat. Man müßte also, will man den Begriff der Analogie nicht erweitern, die gemischten Verträge als contractus sui generis, auch als unbenannte Verträge behandeln und sie z. B. dem Trödelvertrag und dem Garantievertrag gleichsetzen. Das tut Schreiber[98]) wohl auch, wenn er sagt, „daß diese Tatbestände als Ganzes als vom Gesetz nicht geregelt anzusehen sind, auch dann nicht, wenn sie noch so große Verwandtschaft mit den geregelten Tatbeständen zeigen“[99]). Wir haben aber oben schon auf die Verschiedenheit der sich nur aus gesetzesfremden Elementen zusammensetzenden Verträge und der gemischten Verträge hingewiesen. Sie besteht eben darin, daß die einen ganz, die anderen höchstens zum Teil gesetzlicher Sonderregelung entbehren. Es ist nun nicht einzusehen, warum diese Verschiedenheit nicht auch einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung zur Folge haben soll. Soweit eben ein Tatbestand, wenn auch nur zum Teil, mit einer Rechtsnorm versorgt ist, fehlt jede Veranlassung mit der Analogie aushelfend einzugreifen, eine Nachbildung nach Rechtsähnlichkeit erübrigt sich dann.

Die richtige Behandlung und rechtliche Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung hat daher unter Berücksichtigung der organischen Verbundenheit der einzelnen Vertragsbestandteile durch direkte Anwendung der Rechtsfolgen aller der, den einzelnen Vertragselementen zukommenden Rechtsfolgen zu geschehen. Dieses Verfahren führt nicht nur zu demselben Ergebnis wie dasjenige Schreibers, sondern ist in seiner Anwendung auch einfacher als jenes. Man wird jedoch vermeiden müssen, wie Höniger zu versuchen, alle Rechtsfolgen, die ein Tatbestandsstück in einem gesetzlichen Vertragstyp nach sich zieht, ohne weiteres, als wie

[98]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 211.
[99]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 00, S. 110.

bei den benannten Typen, als durch ergänzenden Rechtssatz angeordnet, zur Anwendung zu bringen. Es wird vielmehr zu untersuchen sein, wie die verschiedenartigen, den einzelnen Vertragstatbeständen des Gesetzes zukommenden Rechtsfolgen im Gesamtvertrage, im Vertrage mit Typenvermengung mit der Absicht der Beteiligten beim Abschluß dieses Mischvertrages in Einklang zu bringen sind.

Man wird bei dieser Untersuchung zunächst feststellen müssen, welchem Zweck der zu beurteilende Vertrag mit Typenvermengung dient und durch Anwendung welcher Vorschriften dieser Zweck zu erreichen ist. Die entsprechenden Vorschriften werden notwendig aus dem im Gesetz geregelten Vertragstypen, die demselben Grundzweck dienen, zu entnehmen sein. Bei der dann vorzunehmenden Kombination dieser den einzelnen Vertragstatbeständen zukommenden Rechtsvorschriften wird sich dann zeigen, welche Rechtsfolgen ohne weiteres eintreten können und bei Anwendung welcher sich deshalb Schwierigkeiten ergeben, weil sie mit den Rechtsnormen anderer, der im gemischten Vertrage vorkommenden Tatbestandsstücke unvereinbar sind, mit ihnen entweder in Widerspruch stehen, oder weil sie die Erreichung des Zweckes des Gesamtvertrages vereiteln, wie z. B. wenn etwa bei der Safemiete der Bankier ein gesetzliches Vermieterpfandrecht an den „eingebrachten Sachen" des Kunden im Safe, geltend machen wollte. Diese Rechtssätze, die sich für den Vertrag mit Typenvermengung dann als nicht passend erweisen, sind bei der Kombination der einzelnen Rechtsnormen auszuscheiden. Man wird hierbei in der Weise vorzugehen haben, wie es Enneccerus[100]) bei der Behandlung der doppeltypischen Verträge vorgeschlagen hat, daß man nämlich überall da „wo die Rechte beider Vertragstypen einander widersprechen, die Gründe aufsucht, auf denen die eine oder die andere Regelung beruht, und daß man dann diese Gründe in ihrer Anwendbarkeit gegeneinander abwägt". Neben diesem leitenden Gesichtspunkt werden sich noch einige besondere Regeln für die Behandlung der Kollisionsfälle geben lassen, sogenannte Kollisionsnormen oder wie Höniger[101]) sie nennt, „Absorptionsnormen", die darauf Anspruch erheben können, in jedem Falle Geltung zu haben.

1. In erster Linie wird, wie bei jedem Vertrage, so auch bei dem Vertrage mit Typenvermengung das zwingende Gesetzesrecht zu beobachten sein. Ist also eine zwingende Vorschrift des einen Vertragstypus mit einer nachgiebigen eines anderen gesetzlichen Tatbestandes nicht vereinbar, so gilt die zwingende Vorschrift ausschließlich.

2. Geben die einzelnen im Gesamtvertrage vermengten Typen den Parteien Rechte von verschiedener Stärke oder legen sie ihnen

[100]) Enneccerus, a. a. O., § 323.
[101]) Höniger, Vorstudien, S. 30 ff.

verschieden starke Beschränkungen auf, so geht das jeweils stärkere Recht dem schwächeren und die jeweils stärkere Beschränkung der schwächeren vor. Diesen Grundsatz hat Fränkel[102]) bei der Behandlung der „Zwitterverträge" überzeugend begründet. Ist jemand, so führt er an einem Beispiele aus[102]) auf Grund eines Vertrages gleichzeitig Besitzer und Besitzdiener an einer Sache, so gehen die Rechte des Besitzdieners in denen des Besitzers auf, da die Stellung des Besitzers alle Befugnisse des Besitzdieners umfaßt. Ebenso ist „für den Abschluß eines Vertrages, in dem ein Grundstück gegen mehrjährige Verpachtung eines anderen Grundstücks veräußert wird, als stärkere Beschränkung gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich". Auch hier geht gleichsam die schwächere Schriftform, die für den Pachtvertrag ausreichen würde, in der stärkeren Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung auf.

Die beiden übrigen Grundregeln, die Fränkel[103]) in diesem Zusammenhang bringt, nämlich die, daß der Zwittervertrag alle Rechte der entsprechenden einfachen, d. h. typischen Verträge gibt und alle Beschränkungen dieser Verträge auferlegt, sind selbstverständlich bei der Behandlung und Beurteilung der gemischten Verträge nach der Kombinationstheorie, der sich Fränkel angeschlossen hat. Diese Theorie verlangt ja gerade die unmittelbare Anwendung der Rechtsfolgen aller im gemischten Vertrage auftretenden Vertragsarten, ohne Rücksicht darauf, welcher Art die Gegenleistung ist. Diese beiden von Fränkel noch besonders aufgestellten Grundsätze geben daher nur an, w i e nach der Kombinationstheorie zu verfahren ist und nicht, wie die, durch die Kombination entstehenden Kollisionen von Rechtsnormen zu lösen sind.

3. Eine weitere Kollisionsnorm ergibt sich aus der Anwendung des Rechtsgrundsatzes lex specialis derogat legi generali. Hiernach wird man in einem Vertrage mit Typenvermengung, in welchem die Vorschriften des einen Typus gegenüber den eines anderen als die spezielleren erscheinen, die allgemeinen Vorschriften insoweit außer Anwendung lassen, als der Vertrag[104]) durch die spezielleren Normen erschöpfend geregelt und der Zweck des Vertrages durch Anwendung dieser Normen voll erreicht wird.

Diese drei Kollisionsregeln erheben naturgemäß keinen Anspruch darauf, in jedem einzelnen Falle die einzigen zu sein, die einen Hinweis und ein Kriterium dafür enthalten, welche Vorschriften der verschiedenen Typenverträge bei ihrer Kombination auszuscheiden haben. Jeder neue Fall erfordert die Abwägung der praktischen Bedürfnisse unter Berücksichtigung der Bedeutung der

[102]) Fränkel, Die Zwitterverträge, Jur. Diss. 1913, S. 9 und 12.
[103]) Fränkel, a. a. O., S. 10 und 11.
[104]) Gemeint ist der Vertrag mit Typenvermengung.

einzelnen Vorschriften und ihres Zusammenhanges. Die Behandlung der Kollisionsfälle muß jedoch stets zu einem Verdrängen, zu einer Absorption einzelner Rechtsvorschriften führen.

Auf der Grundlage dieses Ergebnisses und der dadurch gewonnenen Anschauungen läßt sich damit folgender Grundsatz für die Behandlung und rechtliche Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung überhaupt aufstellen.

> Auf die Verträge mit Typenvermengung finden die Vorschriften aller der in Betracht kommenden Typenverträge unmittelbar Anwendung, soweit ihre Vereinigung möglich ist. Soweit die verschiedenen Rechtsfolgen nicht miteinander vereinbar sind, findet eine Absorption einzelner Rechtsfolgen der im Gesamtvertrage vermengten Typenverträge statt.

Dieser Grundsatz enthält eine Verbindung der Methode Hönigers, die eine Kombination aller der unmittelbar zur Anwendung kommenden Rechtsfolgen fordert mit der Absorptionstheorie und berücksichtigt schließlich das Verlangen Schreibers, den gemischten Vertrag als einheitliches untrennbares Ganzes, als ein organisch geschlossenes Gebilde zu behandeln. Er gibt damit die Möglichkeit, alle Teile des zu behandelnden Vertrages mit Typenvermengung rechtlich zu erfassen, ohne daß darauf Rücksicht zu nehmen wäre, in welcher Form und in welcher Stärke die einzelnen Typenverträge miteinander vermengt sind.

Die in Vorschlag gebrachte Methode unterscheidet sich grundsätzlich von der Absorptionstheorie dadurch, daß sie nicht, wie diese eine totale Absorption aller Rechtsfolgen eines, nämlich des als minder bedeutsam festgestellten Vertragstyps will, sondern nur eine partielle Absorption vereinzelter, der zu den verschiedenen im Gesamtvertrage vermengten Typenverträge gehörenden Rechtsfolgen. Sie erklärt sich auch gegen die nur subsidiäre Anwendung derjenigen Rechtsfolgen einer Nebenverpflichtung, die erforderlich sein können, um die Lücken, die der Hauptvertragstyp läßt, auszufüllen[105]). Sie läßt vielmehr die Möglichkeit zu, daß einmal Rechtsnormen der sogenannten Hauptleistung von den entgegenstehenden einer Nebenverpflichtung, wenn diese z. B. zwingender Natur sind, absorbiert werden. Welche Rechtsnormen die absorbierenden sind und welche die absorbierten, das entscheidet sich nach der oben gegebenen allgemeinen und den besonderen Kollisionsregeln.

Der für die Behandlung und rechtliche Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung hier eingenommene Standpunkt, daß nur die Vereinigung aller passenden und die Ausschaltung aller undurchführbaren, mit welcher Überprüfung der gesetzten Regeln freilich,

[105]) So die gemäßigte Gruppe der Anhänger der Absorptionstheorie.

aber unvermeidlicherweise, weil der Richter eben kein „Gesetzesautomat" ist, eine „Wertung", Interessenabwägung usw. dem Richter obliegt — Rechtsnormen vorzunehmen ist, beherrscht auch die Lehre Lents[106]) von der „Kombination der Gesetze" und wird auch von Oertmann[107]) für die gemischten Verträge vertreten.

Wenn Lent[108]) der Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenverpflichtung dennoch, wenigstens für die Wahl unter einzelnen sich widersprechenden Vorschriften Bedeutung beimißt, so steht der hier für die Behandlung der Verträge mit Typenvermengung aufgestellte Grundsatz dem nicht unbedingt und nicht immer entgegen. Auch nach der gegebenen allgemeinen Kollisionsregel können, sofern die besonderen Kollisionsnormen nicht Platz greifen, Rechtsvorschriften einer minder bedeutenden Leistung durch widersprechende Vorschriften einer Hauptleistung verdrängt werden. Dies muß geschehen, wenn die praktischen Bedürfnisse des besonderen Falles es erfordern und der Zweck des Gesamtvertrages anders nicht erreicht werden kann.

An zwei Beispielen soll nun die Brauchbarkeit und praktische Durchführbarkeit des hier aufgestellten Grundsatzes für die Behandlung der Verträge mit Typenvermengung nachgeprüft werden. Es sollen der Pensionsvertrag und der Hausmeistervertrag erörtert werden, also zwei Verträge aus der Fülle der im Leben vorkommenden Verträge mit Typenvermengung, in denen unter anderen der Miet- und der Dienstvertrag vermengt auftreten.

§ 5. Der Pensions- und der Hausmeistervertrag.

Das Unterscheidungsmerkmal dieser beiden Verträge liegt in der Art, in der ihre Bestandteile, die einzelnen Typenverträge, in ihm verbunden auftreten. Diese verschiedene Verbindung ist auch der Grund dafür, daß die Systematiker der gmischten Verträge diese beiden Verträge zwei verschiedenen Gruppen angegliedert haben.

Der Pensionsvertrag kommt in den mannigfaltigsten Formen vor. Er wird abgeschlossen, wenn Eltern ihre Kinder zu einer Familie in eine fremde Stadt geben, damit die Kinder dort während ihres Schulbesuches ein zweites Elternhaus finden, dort Wohnung und Beköstigung erhalten und bei Erledigung ihrer Schulaufgaben beaufsichtigt werden. In Pensionaten erhalten junge schulentlassene Mädchen Wohnung, Unterricht und volle Verpflegung. In Fremdenpensionen, Familien- und Altersheimen findet man neben eigenen möblierten Zimmern volle Verpflegung und Bedienung versprochen.

[106]) Lent, Friedr., Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerl. Recht und Zivilprozeß, Bd. I, S. 210 ff.
[107]) Oertmann, Komm., 2. Buch, Vorbem. zu § 433, S. 521, 522.
[108]) Lent, a. a. O., S. 211.

Auch der Aufenthalt kranker erholungsbedürftiger Personen in Krankenhäusern und Sanatorien macht es notwendig, daß diese Institute neben ärztlicher Behandlung ihren Patienten noch Wohnung und Verpflegung gewähren.

In allen diesen Fällen übernimmt der Pensionär nur eine Verpflichtung, nämlich die zur Zahlung des vereinbarten Pensionspreises. Die Gegenseite dagegen verspricht drei Leistungen, nämlich zumeist Raumüberlassung, Bedienung oder Pflege und Verpflegung; also von jeder der drei bei Verschaffung (Forderungsrechten) überhaupt möglichen Gegenstände der Verschaffung (Sache, Sachnutzung und Dienste), diese letzteren, sowohl in der Gestalt von Arbeit als solcher (opera) als von Arbeitserfolg (opus). Insoweit enthält der Pensionsvertrag auf einer Seite Miet-, Kauf- und Dienstvertrag als Vertragstypen in sich vereinigt. Höniger[109]) nennt die Gruppe der so gebildeten gemischten Verträge durchaus folgerichtig „Verträge mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite". Schreiber[110]), der ja davon ausgeht, daß sich die vom Gesetz aufgestellten Typen durch den Leistungsinhalt charakterisieren, spricht dort, wo der neutralen Geldleistung mehrere andere Leistungen zusammen gegenüberstehen, von einem „Vertrag mit abnormen Leistungsinhalt". Enneccerus[111]) bezeichnet die Verträge, in denen sich ein Kontrahent zu mehreren Hauptleistungen verpflichtet, die verschiedenen Vertragstypen angehören, nicht gerade genau als „Kombinationsverträge". Kombinationsverträge sind alle Verträge mit Typenvermengung, da eben bei allen diesen Verträgen eine Kombination mehrerer gesetzlicher Tatbestandselemente stattfindet. Zu den Kombinationsverträgen gehört also auch die Gruppe von Verträgen, denen der Hausmeistervertrag zugehört und für die Enneccerus[112]) kurz und passend die Bezeichnung „doppeltypische Verträge" geprägt hat, eine Bezeichnung, die auch Höniger[113]) übernommen hat. Bei diesen letzteren Verträgen stehen die typischen Leistungen verschiedener Vertragskategorien in einem synallagmatischen Verhältnis.

Im Hausmeistervertrag, der im Leben ebenfalls in mehreren Abarten vorkommt, tritt der typischen Vermieterleistung die typische Dienstvertragsleistung gegenüber. Der Hausmeister verpflichtet sich zur Leistung bestimmter Dienste als Portier oder Verwalter eines Hauses und erhält dafür vom Hauseigentümer freie Wohnung. Höniger[114]) nennt die Gruppe der gemischten

[109]) Höniger, Grundformen, S. 87 ff.
[110]) Schreiber, a. a. O., in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 218—221.
[111]) Enneccerus, a. a. O., § 323 B. I., S. 297.
[112]) Enneccerus, a. a. O., § 23 B. III, S. 299.
[113]) Höniger, Grundformen, S. 54.
[114]) Höniger, Grundformen, S. 53.

Verträge, deren Hauptbeispiel der Hausmeistervertrag ist, auch „Verträge mit Typenvermengung bei doppelter Subsumierbarkeit", Schreiber[115]) „Verträge mit abnormer Gegenleistung".

Die Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Hausmeistervertrages auftauchen, sind ungefähr die gleichen, wie die, welche bei der Kombination der Miet- und Dienstvertragsvorschriften im Pensionsvertrag entstehen können.

Aus dem Umstand, daß im Hausmeistervertrage sich andere Leistungen als Geld gegenüber stehen, können sich Kollisionen nicht ergeben. Der Hausmeistervertrag erfüllt sowohl die Voraussetzungen des § 535 BGB. wie die des § 611 BGB. Die herrschende Meinung[116]) und auch die Materialien[116]) vertreten entgegen Dernburg[117]) die Ansicht, daß anders als im römischen Recht auch Dienstleistungen unter dem Begriff des Mietzinses fallen. Ebenso kann nach der herrschenden Meinung beim Dienstvertrag (§ 611 BGB) das freie Überlassen einer Wohnung das Entgelt und einzige Äquivalent für geleistete Dienste sein. Für diese Auffassung spricht schon der farblose Ausdruck „Vergütung" im § 611 BGB. Von den Bestimmungen der Miete und des Dienstvertrages bleiben daher beim Hausmeistervertrag der § 551 BGB., welcher den Entrichtungstermin des Mietzinses festsetzt, und der § 614 BGB., welcher dasselbe für den Dienstvertrag regelt, unanwendbar. Im übrigen werden sich bei beiden Verträgen, Pensions- wie Hausmeistervertrag, soweit Miet- und Dienstvertragsvorschriften in Frage stehen, die meisten Bestimmungen zwanglos nebeneinander anwenden und miteinander verbinden lassen.

Im Pensionsvertrag ergeben sich die vom Pensionsinhaber übernommenen Verpflichtungen in Verbindung mit den §§ 305 ff. BGB. aus § 535 Satz 1 BGB. und aus § 611 Abs. 1 BGB. Der Inhaber hat dem Pensionär den Gebrauch einer Wohnung zu gewähren, ihm die versprochenen Dienste zu leisten und er hat ihm schließlich noch nach § 433 Abs. 1 BGB. diejenigen Sachen (Lebensmittel) zu übergeben und zu übereignen, die der Pensionär verkehrsüblich oder vereinbarungsgemäß zu bekommen hat. Die Wohnräume, die dem Pensionär zur Benutzung überlassen sind, unterscheiden sich von denen, die der Hausmeister erhält, wohl immer darin, daß sie schon wohnlich eingerichtet, also mit Möbeln usw. ausgestattet sind. Man wird mit der herrschenden Meinung[118])

[115]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 221.

[116]) H. M. Kober bei Staudinger, II. 1, S. 844 III 1.; Matthiaß, I., S. 480; Crome, II., 1, S. 534; Endemann, I, S. 1090; Planck, II, S. 447; Cosack, a. a. O., S. 534; Mittelstein, a. a. O., S. 15; Protokolle II., S. 130; Motive II, S. 372

[117]) Dernburg, a. a. O., S. 79.

[118]) Josef, a. a. O.; Gruchot, 49, S. 738 ff.; Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches, 1913, S. 35; Niendorf, Das Mietrecht nach dem neuen bürgerlichen Recht, 1912, S. 401; RGR. Komm., § 535, Anm. 2; RGSt. 20, 417; RGZ. 33, 47; 75, 354; RG. in JW. 97, 588; OLG. 30, 125; 39, 151.

annehmen müssen, daß beim Pensionsvertrag unter dem Begriff der vermieteten Sache das „möblierte Zimmer" zu verstehen ist, und nicht nur wie Höniger[119]) meint, der nackte Raum. Diese Annahme hat zur Folge, daß man dem Pensionsinhaber als Vermieter das Pfandrecht aus § 559 BGB. für die Vermietung des möblierten Zimmers, also auch für den als Miete der Möbel anzusetzenden Teil seiner Forderung zugestehen muß. Wird also festgestellt, wieviel von der einheitlich bestimmten Vergütung auf die Miete der Möbel entfällt, so kann sich der Mieter oder Pensionär, der mit der Zahlung dieses Betrages im Rückstande ist, dem sein gesetzliches Pfandrecht an anderen, nämlich eingebrachten Sachen des Pensionärs geltend machenden Vermieter gegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Vermieter beweglicher Sachen für seine Forderung aus dem Mietvertrag ein Pfandrecht nach § 559 BGB. nicht hat. Eine Zerlegung des einheitlich versprochenen Entgelts in einzelne, den verschiedenen, vom Pensionsinhaber oder Vermieter gewährten Leistungen entsprechende Beträge, wird man mit dem Reichsgericht[120]) für möglich und zulässig erachten müssen. Der Preis für die möblierte Zimmer ist eben mit Rücksicht auf die Wiederanschaffungskosten der durch den Gebrauch sich abnutzenden Möbel ein relativ höher. Kann man aber das Entgelt für die Möbelüberlassung ermitteln, so wird sich die Feststellung der Vergütung für die übrigen Leistungen im Pensionsvertrage, für die Pflege und Verpflegung nicht schwerer gestalten. Für die Forderungen aus diesen Leistungen wird man dem Inhaber ein Pfandrecht aus § 559 BGB. jedoch nicht zugestehen können[121]). Wollte man das tun, so würde man den Pensionsvertrag insoweit eintypisch, nämlich dem Mietrecht subsumieren und nach dem Absorptionsprinzip verfahren. Dazu liegt aber nach dem hier für die Behandlung der Verträge mit Typenvermengung in Vorschlag gebrachten Grundsatz keinerlei Veranlassung vor. Der § 559 BGB. enthält eben eine Sondervorschrift für das Mietrecht, die man genau so wenig auf andere Typenverträge übertragen kann, wie etwa die Ansprüche des Dienstverpflichteten aus den §§ 629, 630 BGB., auf angemessene Zeit zum Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses und auf Erteilung eines Dienstzeugnisses. Dasselbe gilt auch für die Miete möblierter Zimmer mit Bedienung und Lieferung von Frühkaffee. Wenn eine große Anzahl von Autoren[122]) für diese letzteren Verträge dem Vermieter das Vermieterpfandrecht wegen

[119]) Höniger, Grundformen, S. 107.

[120]) RGSt. 20, 417.

[121]) So Niendorff, a. a. O., S. 401; auch A. Dernburg, Bd. II, § 275 unter III.

[122]) Mittelstein, a. a. O., S. 381; RGRKomm., § 559, Anm. 3; Oertmann, Komm., § 559, Anm. 48; Enneccerus, Lehrbuch, § 354, Anm. 6; OLG. 27, 156; 26, 392; JW. 1905, S. 19; Seuff. Arch. 61, S. 282.

der ganzen Forderung geben wollen, so geschieht das nur, weil sie zwischen Haupt- und Nebenleistung unterscheiden. Wie wenig nebensächlich einer Wirtin, die vor allem auch auf Verwertung ihrer Arbeitskraft bedacht ist und einem Mieter, der wieder auf gute Bedienung Wert legt, die Aufwartung aber zu sein braucht, das ist schon gesagt worden.

Im Hausmeistervertrag hat der Hausherr ebenfalls ein Pfandrecht nach § 559 BGB. an den eingebrachten Sachen des Hausmeisters. Schwierigkeiten können hier nur bei der Verwirklichung des Pfandrechts entstehen. Die Realisierung des Pfandrechts kann nur durch Übergang der nicht auf Geld gerichteten Forderung, also des Anspruchs auf Dienste in eine Geldforderung, geschehen. Das Pfandrecht besteht damit in Wirklichkeit für eine Entschädigungsforderung, die aus anderen Forderungen entspringt[123]). Die Ersatzforderung ergibt sich aus dem vertragswidrigen Verhalten des Hausmeisters, welches entweder in der schuldhaften Verletzung seiner Dienstpflichten oder in dem sachwidrigen Gebrauch der gemieteten Räume liegt (§ 558). Erst nach Festsetzung der Entschädigung, der Geldersatzforderung kann gemäß § 1257 BGB. das Pfandrecht verwirklicht werden.

Bei Abschluß des Pensions- wie des Hausmeistervertrages ist die Bestimmung des § 566 BGB. zu beachten. Diese Vorschrift verlangt für einen Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als auf ein Jahr abgeschlossen wird, die Schriftform. Nach § 580 BGB. gilt diese Bestimmung auch für die Miete von Wohnräumen. Da sie zwingender Natur ist, ist die Notwendigkeit ihrer Anwendung auch bei dem Pensions- und Hausmeistervertrag gegeben, trotzdem sowohl beim Dienstvertrag als auch beim Kauf sich keine entsprechenden Vorschriften finden. Ist die Schriftform nicht gewahrt, so gelten die Verträge nach § 566 Satz 2 BGB. als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Die Beendigung der Verträge tritt, wie bei den einzelnen Typenverträgen (Miet- und Dienstvertrag), nach erfolgter Kündigung ein. Die Kündigung der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträge ist für den Mietvertrag im § 565 und für den Dienstvertrag im § 621 BGB. geregelt. Soweit die Vergütung nach Tagen und Wochen bemessen ist, lassen sich die Bestimmungen des § 565 BGB. und des § 621 BGB. ohne weiteres vereinen. Schwierigkeiten entstehen erst, wenn die Kündigung zum Schluß eines Kalendervierteljahres zu erfolgen hat. Beim Hausmeistervertrag, der nach seinem Zweck stets von längerer Dauer sein wird, wird die Frage, ob er gemäß § 565 BGB. spätestens am dritten Werktage des Vierteljahres gekündigt werden kann, oder ob gemäß § 621 BGB. nur eine Kündigungsfrist von 6 Wochen einzuhalten

[123]) So auch Höniger, Grundformen, S. 64.

ist, stets von praktischer Bedeutung sein und deshalb zur Entscheidung stehen. Die Norm, die den Parteien die größere Beschränkung auferlegt, ist die des Mietrechts. Schon deshalb hätte sie nach dem gegebenen Grundsatz ausschließlich Anwendung zu finden. Man wird sich aber für sie als absorbierende Bestimmung auch deswegen entschließen können, weil sie den zumeist wirtschaftlich schwächeren Hausmeister als Arbeitnehmer günstiger ist, und gerade das Mietrecht der Nachkriegszeit darauf Bedacht nimmt, die Stellung des Mieters zu stärken und auch dem Hausmeister die Wohltat des Mieterschutzes zukommen läßt. (§§ 20 und 21 Mieterschutzgesetz.) Ebenso schwierig gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Hausmeister- oder der Pensionsvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre oder gar auf Lebenszeit abgeschlossen worden ist. In diesen Fällen wären die Verträge nach Mietrecht (§ 567 BGB.) im ersteren Falle erst nach 30 Jahren unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist und im zweiten Falle überhaupt nicht kündbar, während die Kündigung nach Dienstvertragsrecht (§ 624 BGB.) stets nach Ablauf von 5 Jahren erklärt werden könnte. Auch hier ist von dem Zweck der einzelnen sich widerstreitenden Bestimmungen auszugehen. Der Arbeitnehmer, der als Hausmeister gleichzeitig Mieter ist, wird ebenfalls zumeist der wirtschaftlich abhängigere Teil sein. Eine mehr als fünfjährige Gebundenheit an einen Arbeitsvertrag würde ihn nicht nur in seiner wirtschaftlichen sondern auch in seiner persönlichen Freiheit beschränken. Das wollte aber der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 624 BGB. verhindern[124]). Deshalb wird man auch mit der herrschenden Meinung[125]) eine Vereinbarung, durch die das Kündigungsrecht des § 624 BGB. ausgeschlossen wird, grundsätzlich als rechtsverbindlich nicht zulassen können. Die Dienstvertragsvorschrift des § 624 BGB. ist mithin zwingender Natur[126]). Sie wird also die Vorschrift des § 567 BGB. in einem gemischten Vertrage ausschließen. Der Pensions- wie der Hausmeistervertrag kann danach mit einer Frist von 6 Monaten nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden.

Für den Fall, daß die Vertragsdauer von vornherein bestimmt ist, können Schwierigkeiten hinsichtlich der Beendigung der Verträge nicht entstehen. Die Bestimmung des § 564 BGB. entspricht vollkommen der des § 620 BGB.

Neben den damit besprochenen Möglichkeiten der Beendigung des Pensions- wie Hausmeistervertrages auf dem Wege der ordentlichen Kündigung ist noch eine Kündigung in außerordentlichen Fällen gegeben. Der Mietvertrag kann aus einigen im Gesetz festgelegten Gründen fristlos gekündigt werden, nämlich seitens des

[124]) RGR. Komm., § 624, Anm. 1.
[125]) Enneccerus, Lehrbuch, § 368 IV, 2.
[126]) RGZ. 80, 277.

Vermieters nach § 553 BGB. bei vertragswidrigem Sachgebrauch durch den Mieter und nach § 554 BGB., wenn dieser mit der Mietzinszahlung in Verzug geraten ist, seitens des Mieters nach § 544 BGB. bei gesundheitsschädlicher Beschaffenheit der Wohnung und gemäß § 542 BGB. bei nicht rechtzeitiger Gewährung oder Wiederentziehung des Sachgebrauchs. Das Dienstvertragsrecht gewährt im § 626 BGB. beiden Teilen ein fristloses Kündigungsrecht des Vertrages aus „wichtigem Grunde".

Der Grundsatz, den man aus allen diesen Bestimmungen entnehmen kann, ist der, daß beide Verträge dann fristlos gekündigt werden können, wenn einer Vertragspartei die Fortsetzung derselben wegen eines vertragswidrigen Verhaltens der anderen Partei nicht zugemutet werden kann. Im Mietrecht wird im einzelnen gesagt, wann ein solches Verhalten der Gegenpartei vorliegt, der § 626 BGB. spricht dagegen nur ganz allgemein von einem „wichtigen Grunde". Nach herrschender Ansicht[127]) kann auf das Kündigungsrecht des § 626 BGB. nicht im voraus verzichtet werden. Die Norm des § 626 BGB. ist mithin zwingender Natur. Der § 626 BGB. muß also auch für den Pensions- und den Hausmeistervertrag gelten. Seine Anwendung wird zu Schwierigkeiten nicht führen, auch dann nicht, wenn außerdem noch die Voraussetzungen der §§ 542—544 und 553/554 vorliegen sollten. Die in diesen Vorschriften genannten Gründe bilden in der Regel auch einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. Der § 626 BGB. umfaßt also auch die in den einzelnen Mietbestimmungen aufgeführten Kündigungsgründe. Soweit er es nicht tut, spezialisieren ihn die Mietvorschriften. Dadurch wird der § 626 BGB. sowohl im Pensions- wie auch im Hausmeistervertrag zu einer allgemeinen Rechtsnorm und die genannten Vorschriften des Mietrechts werden zu leges speciales gegenüber § 626 BGB. und finden damit ebenfalls, und zwar ergänzende Anwendung.

Hieraus ergibt sich, daß bei einer Kündigung nach § 542 BGB. gemäß Abs. 1 Satz 2 vorher eine Frist zu setzen ist, trotzdem der § 626 BGB. hierzu nicht verpflichtet. Bei einer Klage aus § 554 BGB. wird der Richter zu entscheiden haben, ob die Zeit, während der der Hausmeister mit seiner Dienstleistung in Verzug gekommen ist, einer Nichtzahlung des Mietzinses für zwei Termine entspricht.

Nach § 550 BGB. hat der Hausherr die Unterlassungsklage, wenn der Mieter (Hausmeister) trotz Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Wohnung macht. Diese Bestimmung wird nicht,

[127]) Planck, a. a. O., § 626, Anm. 1 und 3; Kober bei Staudinger, § 626, Anm. VII, RGR. Komm., § 626, Anm. 2; Oertmann, Komm., § 626, Anm. 6; RGZ. 96, 197; 69, 365; 79, 161; JW. 1919, S. 240; Warn. 1911, Nr. 175; 1916, Nr. 290; LZ. 1913, 295.

wie Roediger[128]) meint, durch § 626 BGB. gedeckt. Der wichtige Grund, der dem Vermieter wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache ein fristloses Kündigungsrecht gibt, findet sich im § 553 BGB. Der § 550 BGB. ist eine mildere Norm des § 553 BGB. und damit auch eine mildere Norm des § 626 BGB., mithin auch im Hausmeistervertrag anwendbar.

Die besonderen Haftungsvorschriften der §§ 537 bis 539 BGB. finden ebenfalls auf den Hausmeistervertrag wie auf den Pensionsvertrag Anwendung; auf den letzteren Vertrag außerdem noch die Vorschriften des § 459 ff. BGB. Im Hausmeistervertrag wird der Hausmeister seinen Anspruch auf Minderung nicht einfach durch entsprechende Einschränkung seiner Dienstleistungen verwirklichen können. Das wird er selbst schon deshalb nicht wollen, weil er seine Arbeitskraft ausnutzen will. Der Ausgleich wird vielmehr durch entsprechende Anwendung des § 473 BGB. in der Weise möglich sein, daß der Hausherr dem Hausmeister eine, erforderlichenfalls vom Richter festzusetzende Entschädigung in Geld gewährt. Im Pensionsvertrage wird sich die Minderung durch die Möglichkeit, die einheitliche Vergütung zu zerlegen, rechnerisch leicht durchführen lassen. Bei diesem Vertrage wird auch das begründete Verlangen nach Wandlung des in ihm enthaltenen Kaufvertrages, etwa wegen wiederholter Lieferung schlechten Essens, die Auflösung des ganzen, einheitlichen Vertrages zur Folge haben.

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung und Verschlechterung der Mietssache und der Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Verwendungen richten sich im Hausmeister- und Pensionsvertrage allein nach § 558 BGB.[129]). Es finden nicht, weil beim Dienstvertrag eine besondere Verjährungsvorschrift fehlt, die allgemeinen Bestimmungen der §§ 195/196, Ziff. 8 BGB. Anwendung. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Normen ist mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit des vorliegenden Vertragsgebildes schon deshalb nicht angängig, weil der besondere dem Mietrecht entnommene Rechtssatz eine zweckentsprechende Beurteilung des ganzen Vertrages zuläßt. Im Pensionsvertrage unterliegen die Ansprüche des Pensionärs auf Minderung und Wandlung der gelieferten Gegenstände ebenfalls der kurzen Verjährungsfrist von 6 Monaten, § 477 BGB. Die allgemeinen Normen der §§ 195/196 Ziff. 8 werden mithin durch die besonderen Normen der §§ 477 und 558 BGB. verdrängt.

Eine andere Beurteilung eines Vertrages mit Typenvermengung, etwa des Pensionsvertrages, greift Platz, wenn die Voraussetzungen des § 552 BGB., der ebenfalls eine Sonderbestimmung, und

[128]) Roediger, Die Pförtner-, Hauswart- oder Hausmeisterverträge, Jur. Diss., S. 37.
[129]) So im Ergebnis auch Königer, Grundformen, S. 64.

zwar des Mietrechts enthält, vorliegen. Nach § 552 BGB. befreit die Verhinderung des Mieters an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts durch einen in seiner Person liegenden Grunde, wie Krankheit, Versetzung usw. diesen nicht von der Zahlung des Mietzinses. Eine entsprechende Vorschrift fehlt sowohl im Dienstvertrags- (vgl. jedoch § 616 BGB.) wie auch im Kaufrecht. Allgemeine Vorschriften, die der des § 552 BGB. entgegenstehen, sind aber ebenfalls nicht vorhanden. Ist nun die Bestimmung des § 552 BGB. auf den Beköstigungs- und Dienstvertrag zu übertragen und verpflichtet damit den Pensionär zur Zahlung des ganzen Pensionspreises oder bleibt der § 552 BGB. im Pensionsvertrag überhaupt unanwendbar? Beide Fragen sind zu verneinen. Man wird mit der herrschenden Meinung[130]) annehmen müssen, daß sich die Wirkungen des § 552 BGB. nur auf den im Pensionsvertrag enthaltenen Mietvertrag erstrecken, der Mieter also von der Entrichtung des auf die übrigen Leistungen entfallenden Betrages befreit ist. Zu diesem Ergebnis gelangt man auch auf Grund des oben gegebenen Grundsatzes für die Behandlung der Verträge mit Typenvermengung. Auf einen solchen Vertrag finden eben die Sonderbestimmungen der einzelnen Typenverträge stets nur insoweit Anwendung, als sie sich nicht gegenseitig ausschließen. Im Gegensatz zu irgendwelchen Bestimmungen des Dienstvertragsrechts oder des Kaufrechts steht der § 552 BGB. nicht. Für seine Übertragung auf diese Typenverträge fehlt aber jede Veranlassung. Wollte man den § 552 BGB. deswegen auf die anderen im Gesamtvertrage enthaltenen Einzelverträge übertragen, weil sich weder im Dienst- noch im Kaufvertragsrecht eine entsprechende Vorschrift findet, so würde man dem Gesamtvertrag einen unberechtigten Zwang antun und zudem den Gesamtzweck dieses Vertrages gefährden. Im übrigen gilt hier dasselbe wie bei der Anwendung des § 559 BGB. auf Hausmeister- und Pensionsvertrag. Danach wird man dem Pensionsinhaber in den Fällen, in denen der Pensionär aus den in seiner Person liegenden Gründen außerstande ist, die Leistungen anzunehmen, den Anspruch auf den vollen Pensionspreis versagen müssen. Man wird in diesen Fällen, wie bei der Minderung aus § 462 und § 537 BGB. rechnerisch ermitteln müssen, wieviel von dem Pensionspreis auf die Miete und wieviel auf die sonstigen Leistungen entfällt. Den als Mietzins errechneten Betrag muß der Pensionär voll und ganz bezahlen. Von der Entrichtung des auf die übrigen Leistungen entfallenden Betrages ist er dagegen nach § 323 Abs. 1 BGB. befreit.

Von den Sondervorschriften des Dienstvertragsrechts, die ohne Schwierigkeiten unmittelbar auch beim Miet-Dienstvertrag Anwen-

[130]) Oertmann, Komm., § 552, Anm. 4; Josef, a. a. O., Gruchot, 49, S. 747; Dernburg, 2, § 75 I, 2 und § 305 II, 1; Crome, System, 2, § 163 und § 149.

dung finden können, aber ebenfalls auf die anderen Typenverträge nicht übertragbar sind, ist zunächst die des § 616 BGB. zu nennen. Hier ist bestimmt, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete, der Hausmeister oder Pensionsinhaber, seines Anspruches auf die Vergütung, der Hausmeister also seines Anspruches auf das Wohnrecht, nicht dadurch verlustig geht, daß er vorübergehend unverschuldet, etwa durch Krankheit an der Dienstleistung verhindert wird. Der Hausmeister hat aber keinen Anspruch auf Ersatz des ihm etwa durch seinen Aufenthalt im Krankenhaus entgangenen Wohnungsgebrauches. Er hat ihn schon deshalb nicht, weil es dem Hausherrn unmöglich ist, die Wohnungsbenutzung für die Vergangenheit nachzugewähren[131]). Der Arbeitnehmer ist vielmehr verpflichtet, dasjenige, was ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Vorschrift zustehenden Kranken- und Unfallversicherung zukommt, bis zur Höhe des Mietszinses an den Hausherrn herauszugeben.

Die für den Schutz des Dienstpflichtigen als ius cogens wesentlichen §§ 618/619 BGB. sind anwendbar und namentlich für den Hausmeister oft von praktischer Bedeutung. Ebenso wird ihm der Dienstherr nach § 629 BGB. eine angemessene Freizeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses gewähren und ihm nach § 630 BGB. ein Dienstzeugnis erteilen müssen.

Die größte und wie Höniger[132]) meint letzte Schwierigkeit des Problems der gemischten Verträge ergibt sich bei den Rechtsfragen, die durch den Übergang des Eigentums an einem Miethause und bei der dann notwendig werdenden Vereinigung der im Miet-Dienstvertrag kollidierenden Normen des § 571 BGB. einerseits und des § 613 Satz 2 BGB. andererseits entstehen.

Nach § 571 BGB. tritt der Erwerber eines vermieteten Grundstückes grundsätzlich in die sich aus dem Mietvertrage ergebenden Rechte und Pflichten ein. Der § 613 Satz 2 BGB. bestimmt dagegen, daß der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Mit Hönigers Kombinationstheorie und der Methode Schreibers sind diese sich widersprechenden Anordnungen bei der Beurteilung des Hausmeistervertrages mangels besonderer Parteivereinbarung einfach nicht auszugleichen. Höniger hat sich die Lösung dieser Frage auch in dem zweiten noch ausstehenden Teile seines Werkes vorbehalten. Aber schon in seinen Vorstudien[133]) hat er ganz richtig erkannt und zum Ausdruck gebracht, daß man zu einem brauchbaren

[131]) Die h. M. nimmt deshalb eine stillschweigende Vereinbarung an, daß dieser Teil nicht ersetzt wird, so Titze: die Unmöglichkeit der Leistung, S. 755; Planck, § 616, Anm. 2 c; Staudinger, § 616, Anm. V 2 e; Oertmann, § 616, Anm. 4; auch M. Dernburg, § 305, III b; auch Lotmar, Bd. 2, S. 206.
[132]) Höniger, Grundformen, S. 65.
[133]) Höniger, Vorstudien, S. 29.

Ergebnis nur dadurch gelangen kann, daß man zugunsten der einen Rechtsnorm die andere außer Anwendung läßt, sie also absorbiert. Ein derartiges Vorgehen entspricht auch durchaus der hier in Vorschlag gebrachten Methode zur rechtlichen Behandlung der Verträge mit Typenvermengung. Nach den gegebenen besonderen Kollisionsregeln wird man allerdings unter den beiden sich widersprechenden Gesetzesvorschriften die stärkere und absorbierende nicht bestimmen können. Von keiner der beiden kollidierenden Normen wird man beim Hausmeistervertrag sagen können, daß sie gegenüber der anderen die speziellere ist. Man wird bei der Beantwortung der Frage nach der absorbierenden Leistung auch hier von dem gesetzgeberischen Grund der beiden Vorschriften ausgehen müssen. Der im § 571 BGB. vom Gesetzgeber angestrebte Zweck geht vor allem dahin, den Mieter möglichst vor Austreibung zu schützen und seine Rechtsstellung zu stärken. Aus diesen Gründen sollte sich der Mieter nicht bloß mit einem Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer zu begnügen brauchen[134]), sondern er sollte die Leistung stets in natura verlangen können. Dieser vom Gesetzgeber mit § 571 BGB. verfolgte Zweck rechtfertigt die Folgerung, daß der dort ausgesprochene Grundsatz auch beim Hausmeistervertrag Geltung haben muß. Der Erwerber bleibt verpflichtet, dem Hausmeister die Wohnung weiter zu überlassen. Diese Pflicht muß naturgemäß dann entfallen, wenn der Hausmeister sich weigern sollte, für die Überlassung eine Vergütung zu zahlen. Die Vergütung des Hausmeisters besteht zunächst in der Leistung seiner Dienste. Lehnt er die Fortsetzung der Dienste ab, so muß man dem Erwerber ein Kündigungsrecht zugestehen, und zwar unter Berücksichtigung auch seiner berechtigten Interessen ein fristloses. Dieses Kündigungsrecht kann man zwanglos aus § 626 BGB. herleiten. Wie schon dargelegt ist, gilt für den Miet-Dienstvertrag stets der § 626 BGB. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB. ist nach Rümelin[135]) stets dann gegeben, wenn er mit den persönlichen Verhältnissen der Kontrahenten zueinander oder der vorzunehmenden Leistung zusammenhängt. Die Verweigerung der Dienstleistung zerstört aber das enge persönliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vollständig. Sie hat also eine noch stärkere Wirkung auf das Dienstverhältnis als alle diejenigen Umstände, die das Verhältnis nur, wenn allerdings auch stark erschüttern können, wie ehrverletzende Äußerungen, Unfähigkeit zur Arbeit usw. Die Weigerung des Hausmeisters, die Dienste fortzusetzen, muß damit auch um so mehr einen wichtigen Grund zur Kündigung nach § 626 BGB. bilden. Da der Hausmeistervertrag aber ein einheitlicher Vertrag ist, den man nicht, wie Fränkel es tut[136]), je nach Bedarf in einen Miet- und

[134]) So auch Protokolle, II, Bd. 2, S. 140.
[135]) Rümelin, a. a. O., S. 294.
[136]) Fränkel, a. a. O., S. 17.

einen einfachen Dienstvertrag zerlegen kann, bedingt die Auflösung des Dienstvertrages nach § 626 BGB. die Beendigung des ganzen Vertrages. Der Hausmeister ist mithin zur Räumung verpflichtet. Er kann sich dem neuen Eigentümer also auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er mit ihm wegen § 613 S. 2 BGB., hinsichtlich der zu leistenden Dienste, nicht in einem Vertragsverhältnis stehe. Vertragliche Beziehungen bestehen zwischen Hausmeister und neuem Eigentümer auch insoweit, weil das Mietverhältnis wegen § 571 BGB. zunächst nicht berührt wird, und grundsätzlich eine Zerreißung des einheitlichen Miet-Dienstvertrages ausgeschlossen ist, der Erwerber mithin in alle, die sich aus dem ganzen Miet-Dienstvertrag für den Hauseigentümer ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten ist.

Nur dann kann einmal eine andere Beurteilung Platz greifen, wenn die Dienstleistung vornehmlich in den Vordergrund gerückt ist und weniger am Hause und für das Haus verrichtet werden soll, als gegenüber dem Verkäufer des Hauses als ursprünglichen Vertragskontrahenten. In diesem Falle würde aber die Auflösung des Dienstverhältnisses auch die Beendigung des Mietverhältnisses zur Folge haben, der § 613 S. 2 also den § 571 BGB. ausschließen. Im allgemeinen ist es jedoch umgekehrt, im allgemeinen ist der § 571 BGB. die stärkere Rechsnorm. Eine Anwendung beider Rechtsnormen nebeneinander und in Verbindung miteinander läßt der einheitliche Miet-Dienstvertrag aber, ohne Änderung seines Inhalts, in keinem Falle zu.

Eine andere Regelung tritt ein, wenn zwar der Hausmeister damit einverstanden ist, dem Käufer des Hauses weiterzudienen, der Käufer sich dagegen nicht bereit erklärt, die Dienste anzunehmen. Auch hier muß zunächst der § 571 BGB. Geltung haben. Der Vertrag kann seitens des Erwerbers nur durch ordentliche Kündigung zum nächsten zulässigen Termin zur Auflösung gebracht werden. Der Hausmeister verliert in diesem Falle auch nicht seinen Anspruch aus § 629 BGB., auf Gewährung einer angemessenen Freizeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses. Die Frage, welche Gegenleistung der Hausherr bis zur Räumung für die Überlassung der Wohnung erhält, beantwortet sich nach § 615 S. 2 BGB. Der Hausmeister muß in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift für verpflichtet angesehen werden, den Verdienst, den er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erzielen sollte, in Höhe des erforderlichenfalls vom Richter festzusetzenden Mietszinses, als Entgelt für die Gewährung der Wohnung an den Hausherrn abzuführen.

Die Untersuchung des gesetzgeberischen Zweckes der kollidierenden Normen der §§ 571 und 613 Satz 2 BGB. hat damit zu der Erkenntnis geführt, daß der § 571 BGB. in einem Vertrage, in dem die Bestimmungen des Miet- und des Dienstvertragsrechts vermengt auftreten, die schwächere Norm des § 613 Satz 2 BGB. verdrängt.

Noch klarer und schärfer kommt der mit der Bestimmung des § 571 BGB. verfolgte Zweck des Gesetzgebers im Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923 zum Ausdruck.

§ 6. Bedeutung und rechtliche Beurteilung der Verträge mit Typenvermengung nach dem Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923.

Nach den §§ 20 bis 23 MSchG. finden auf Miet-Dienst- und Miet-Werkverträge die Schutzvorschriften des Mieterschutzgesetzes, wie sie bei der Miete über Gebäude oder Gebäudeteile bestehen, Anwendung. Nach § 20 MSchG. sollen die, diese Schutzvorschriften enthaltenden §§ 1 bis 19 MSchG. auch über die Dauer eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses hinaus gelten, vorausgesetzt, daß der Raum nur mit Rücksicht auf ein zwischen den Vertragsteilen bestehendes Dienst- oder Arbeitsverhältnis vermietet worden ist. Die Voraussetzungen des § 20 MSchG. liegen nach der amtlichen Begründung zum Entwurf des Mieterschutzgesetzes[137]) vor, wenn anzunehmen ist, daß der Mietvertrag ohne das Bestehen des Dienstvertrages nicht abgeschlossen sein würde[138]). Die Worte: „nur mit Rücksicht auf" deuten auf eine engere innere Verbindung zwischen Miet- und Arbeitsverhältnis hin. Der § 20 MSchG. erfaßt also ebenso wie der § 21 MSchG. den Vertrag mit Typenvermengung und damit auch den Hausmeistervertrag[139]). Nur wenn in einem Miet-Dienst- oder Miet-Werkvertrage das Fortbestehen des einen Vertrages nach dem Willen der Parteien von dem Fortbestehen auch des anderen Vertrages abhängig sein soll, soll nach Absatz 1 des § 20 MSchG. das Mietverhältnis durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht berührt werden.

Das Gesetz zerreißt, indem es somit auch nach Beendigung des Dienstvertrages die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangt, die wirtschaftliche und rechtliche Einheit des Miet-Dienstvertrages[140]). Das bedeutet aber nichts anderes, als daß hier in einem Miet-Dienstvertrage dem Mietrecht die stärkere Stellung eingeräumt wird, und der Vermieter und Dienstherr grundsätzlich die Räumung auch dann nicht erzwingen kann, wenn das Haus durch Kauf auf ihn übergegangen, und er in die Rechte des Verkäufers eingetreten ist.

Dieser grundsätzlich dem Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehende Mieterschutz wird aber nach Abs. 1 Satz 2 des § 20 MSchG. nicht gewährt:

---

[137]) Amtliche Begründung zum Entwurf des MSchG., S. 43.
[138]) So Kiefersauer: Mieterschutz und Wohnungsmangel, 2. Aufl. 1924, S. 80.
[139]) Ebenso Stern: Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, 1924, § 20 A; Hertel: Mieterschutz und Wohnungszwangswirtschaft, Bd. 1, S. 192; Ruth, Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, 1926, S. 297.
[140]) Ruth, a. a. O., S. 298.

1. wenn der Mieter durch sein Verhalten gesetzlich begründeten Anlaß zur Auflösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gegeben und
2. wenn der Mieter das Verhältnis aufgelöst hat, ohne daß ihm vom Vermieter ein solcher Anlaß gegeben war.

Für diese beiden Fälle kommen nur Umstände in Betracht, welche der einen oder der anderen Partei ein außerordentliches Kündigungsrecht geben, wobei es gleichgültig ist, ob die Kündigung tatsächlich fristlos oder unter Wahrung der Frist erfolgt[141]). Der Ausdruck „Verhalten" im § 20 MSchG. läßt erkennen, daß vom Mieter ein Tun oder Unterlassen verlangt wird, und daß auf seiner Seite ein Verschulden vorliegen muß[142]).

Durch die Weigerung, die Dienste weiter zu verrichten, gibt der Dienstverpflichtete einen Grund zur Kündigung aus § 626 BGB. Folglich gelten in diesem Falle die Schutzvorschriften der §§ 1 bis 19 MSchG. für ihn nicht. Wohl aber finden diese Vorschriften Anwendung, wenn beim Übergang des Miethauses der Erwerber die angebotenen Dienste des Verpflichteten ablehnt. In diesem Falle hat der Hausmeister durch sein Verhalten keinen begründeten Anlaß zur Lösung des Dienstverhältnisses gegeben. Der Erwerber bleibt verpflichtet, die Wohnung dem Hausmeister weiter zu gewähren. Der Mietzins wird dann nach § 21 MSchG. auf Antrag vom Mieteinigungsamt festgesetzt.

Der Erwerber hat lediglich die Möglichkeit auf Grund des § 4 MSchG. wegen dringenden Eigenbedarfs Räumung zu verlangen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber dem Interesse, welches der Erwerber an dem Bewohnen der Diensträume durch einen ihm genehmen Hausmeister hat, durch die Vorschrift des § 22 MSchG. Rechnung getragen. Danach genügt anstelle des im § 4 MSchG. genannten Aufhebungsgrundes, daß der Vermieter die Mieträume aus besonderen Gründen, insbesondere für den Nachfolger des Mieters in dem Dienst oder Arbeitsverhältnis dringend braucht. Die §§ 4 und 22 MSchG. setzen aber eine ordentliche Kündigung voraus.

Wenn im übrigen die Rechtsprechung innerlich zusammengehörigen und als Einheit zu behandelnden Verträgen entweder in ihrer Gesamtheit Mieterschutz gewährt oder im ganzen versagt, so stellt sie sich damit nicht etwa auf den Boden der Absorptionstheorie, sondern bringt damit nur den mit dem Mieterschutzgesetz verfolgten sozialpolitischen Zweck zum Ausdruck. Es soll jeder, der auf Grund eines Vertrages den Besitz eines Gebäudes oder Gebäudeteiles inne hat, davor geschützt werden, daß er durch eine willkürliche Auflösung des Vertrages seitens des Eigentümers seine Wohnung verlassen muß, ohne einen Ersatzraum gefunden zu haben. So hat jetzt

[141]) Hertel, a. a. O., S. 194.
[142]) Hertel, a. a. O., S. 194 und die dort angegebene Literatur.

das Reichsgericht, allerdings entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung[143]) in einer Strafsache wegen Mietwuchers einen Vertrag, durch welchen gleichzeitig Gewerberäume und Wohnräume überlassen worden sind, einen gemischten Vertrag genannt und ausgesprochen, daß das Mieterschutzgesetz auch auf solche Pachtverträge Anwendung finden müsse, die sich als sogenannte gemischte Verträge charakterisieren. Solche Verträge ständen den Mietverträgen derartig nahe, daß es unverständlich und dem Zweck des Gesetzes zuwider sei, ihnen den Mieterschutz zu versagen[144]).

§ 7. Geschichtliche Bemerkungen.

Kurzer Überblick über das Problem der gemischten Verträge im römischen Recht und im deutschen Recht bis zum BGB.

Die bisherigen Betrachtungen haben gezeigt, daß das Entstehen der gemischten Verträge bedingt ist durch das im Gesetz ausgebildete Typensystem und durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Je größer die Zahl der gesetzlichen Vertragstatbestände ist, und je größer die Möglichkeit ist, sie durch freie Vereinbarung zu variieren, desto mannigfaltiger sind im Rechtsleben die abweichenden, die Kombinationen zu den gemischten Verträgen. Mischformen muß es daher in all den Rechten gegeben haben, die für unser gesamtes Obligationenrecht die Grundlage bilden, also im römischen Recht ebenso wie im gemeinen Recht. Nur ihr Bestand war dort schwankend. Verschieden war auch die Art, wie man sich mit den Mischverträgen abgefunden hat, verschieden die Art ihrer rechtlichen Behandlung und verschieden auch ihre Bedeutung im Rechts- und Wirtschaftsleben.

1. Römisches Recht.

Bei der Untersuchung des Problems der gemischten Verträge im römischen Recht kommt Höniger[145]) zu dem Ergebnis, daß es damals einen ganz anderen Charakter gehabt habe, als heute, daß es nicht, wie heute von materieller sondern lediglich von formaler Bedeutung gewesen sei. Das Problem sei sodann im römischen Recht nicht nur dem Inhalte nach enger, sondern auch seinem Umfange nach begrenzter gewesen. Er meint, es sei damals mit dem Problem der Typenvermengung identisch gewesen[146]).

Richtig ist, daß bei der römischen Teilung des Verfahrens in iure und in iudicio und bei der Notwendigkeit, für den Prozeß eine actio zu finden, eine formale Absorption stattfinden mußte. Um aber über-

[143]) RG. in JW. 1927, S. 582.
[144]) Urteil vom 12. 1. 1929. 1. Dg. 866/28 und OLG. Rostock in Mecklenburger Zeitschr. für Rechtswege, Rechtswissenschaft und Verwaltung 1926, S. 13.
[145]) Höniger, Grundformen, S. 338 ff.
[146]) Höniger, Grundformen, S. 339.

haupt eine Prozeßformel erteilen zu können, mußte sich der römische Jurist schon mit der Frage beschäftigen, wie sind die Mischgeschäfte, die in das Kontraktensystem nicht hineinpassen, aber dennoch Rechtsgültigkeit haben, rechtlich zu behandeln, d. h. nach welchen Grundsätzen findet Absorption statt, welche actio ist zu geben. Hieraus folgt aber, daß bereits in diesem Stadium des Verfahrens materielle Rechtsfragen zur Entscheidung standen. Man wird also die Unterscheidung der verschiedenen Vertragstypen auch im römischen Recht nicht anders treffen können, als nach der Verschiedenheit ihres materiellen Inhalts. Die Stellung der Frage, mit welcher actio kann ich diese Ansprüche geltend machen, setzt notwendig das Vorhandensein einer obligatio voraus. Die actio, unter die ein Anspruch unterzubringen ist, bestimmt auch ohne weiteres die Rechtsregeln, die auf sie anwendbar sind[147]). Die Frage nach der actio und der obligatio sind damit identisch[148]). Die Frage, quae sit actio ist mithin nicht nur prozeßrechtlicher, sondern zugleich materieller Natur; sie bezieht sich auf den Inhalt des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts.

Auch darin wird man Höniger[149]) nicht unbedingt beistimmen können, daß, wie er meint, die Römer bei der Frage, quae sit actio stehen geblieben sind. Höniger erklärt demgegenüber ja selbst, daß die Frage, wie der Mischvertrag in allen seinen Einzelheiten beurteilt werden muß, mit seiner Einreihung in eine bestimmte Formelkategorie noch nicht vollkommen gelöst war[150]). Er fügt hinzu, wir wüßten nur nichts näheres über die Beurteilung der Einzelheiten, weil dies Sache des judex gewesen sei. Schreiber weist an Hand einzelner Quellenäußerungen, die sich mit dem aus Miete und Verwahrung gemischtem Vertrage des horrearius befassen, nach, daß die Römer hierbei genau dieselben materiell rechtlichen Fragen beschäftigt haben, wie wir sie heute bei der Beurteilung des Schrankfachvertrages zu lösen haben[151]). Es ist, wie Schreiber ganz mit Recht hervorhebt, die Frage nach dem Maße der Bewachungspflicht des horrearius und die Frage, welche Ansprüche der Einlagerer hat, wenn ihm seine Sache im Getreidespeicher untergeht oder wegkommt.

Der von Höniger erörterte Fall, den Pomponius berichtet hat (D. 19, 2, 60, 9)[152]) rechtfertigt ebensowenig seine Schlußfolgerung, daß die einheitliche, inhaltliche Beurteilung eines Mischgeschäftes in Rom durch das officium iudicis wesentlich in der Art erfolgte, wie sie auch heute erfolgen muß, nämlich nach dem Prinzip der

[147]) Schreiber, a. a. O. in Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 131.
[148]) Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht, 6. Aufl., S. 344, Note 12 u. S. 345
[149]) Höniger, Grundformen, S. 338.
[150]) Höniger, Grundformen, S. 340.
[151]) Schreiber, a. a. O., Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 126/127.
[152]) Höniger, Grundformen, S. 340.

Kombination der Rechtsfolgen, wie die von Schreiber[153]) gebrachten Quellenäußerungen die Vermutung begründen können, daß die Römer derartige Fälle nicht als Mischungen verschiedener Tatbestände empfunden, sondern ohne bewußte Analogien ex bono et aequo entschieden haben. Beide Ergebnisse halten sich durchaus in dem Rahmen der von den beiden Schriftstellern vertretenen Theorien über die Behandlung der gemischten Verträge im geltenden Recht. Man muß sagen, daß auch die Vertreter der Absorptionstheorie mit nicht weniger Recht zur Begründung ihrer Theorie sich auf das Vorgehen der Römer berufen können.

Bei der Betrachtung eines Vertrages, der sich nach geltendem Recht als Werklieferungsvertrag charakterisiert, wird in D. 19; 2; 2: 1; die Frage aufgeworfen: „utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio". Die Antwort lautet: „Placet unum esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse".

Eine ganz entsprechende Antwort wurde Cassius Longinus in § 4 I. 3, 24 zuteil, welcher in der Bestellung eines Gerätes bei einem Goldschmied, falls dieser das Material lieferte, die Verbindung eines Kauf- mit einem Werkvertrag sehen wollte. In § 4. I. 3, 24 heißt es: Cassius ait materiae quidem emptionem et venditionem contrahi operae autem locationem et venditionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Diese Fälle könnten beliebig vermehrt werden[154]). Sie zeigen schon zur Genüge, daß die Römer bei der Vermengung von Vertragstypen unum negotium haben wollten und dann prüften, welches der plenior contractus ist, nach welcher Seite hin der Schwerpunkt gelagert ist (magis est)[154]). Da hier als überwiegend Kaufelemente für vorliegend erachtet wurden, so wurde das ganze Geschäft als Kauf behandelt, also nach der Absorptionstheorie verfahren. Auf diese Weise brachte der römische Jurist die abweichenden, nicht in seine gesetzlichen Vertragstypen passenden Verträge in Einklang mit dem geltenden Recht. Das Ergebnis bestimmte dann zwar die zu gebende actio, es war aber gleichzeitig auch für die materielle Entscheidung von Bedeutung.

2. Im deutschen Recht gewann das Problem der gemischten Verträge erst mit der Rezeption des römischen Rechts, also mit der Übernahme des römischen Kontraktensystems wieder Bedeutung. Zuvor fehlte es an der notwendigen Durchbildung der einzelnen Verträge und an ihrer typenunterscheidenden Funktion. Aus diesen Gründen, und auch weil sich im alten deutschen Recht der Grundsatz der Vertrags- und Formenfreiheit erst langsam durchsetzte, konnte der Begriff der gemischten Verträge da-

[153]) Schreiber, Jher. Jahrb., Bd. 60, S. 129.
[154]) v. Blociszewski: Die Vermengung von Vertragstypen, Jur. Diss. 1905, S. 12 ff.

mals nicht aufkommen. Wie sich nach der Rezeption bis zum BGB. das Problem entwickelt hat, wie sich Wissenschaft und Praxis mit den Schwierigkeiten der gemischten Verträge im einzelnen Falle abgefunden haben, kann hier nicht untersucht werden. Gezeigt soll nur werden, daß diese Schwierigkeiten bestanden haben, und daß sie auch erkannt worden sind.

Schreiber[155]) findet die ersten Spuren der Erkenntnis und des Versuches zur Lösung des Problems bei Puchta und Sintenis[156]).

Puchta scheidet als einer der ersten scharf zwischen den allgemeinen und den besonderen Lehren des Obligationenrechts[157]). Er hat darauf hingewiesen, daß die allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse bei der Beurteilung der mannigfaltigen im Gesetz nicht unmittelbar und vollständig geregelten Verträge, also derjenigen Obligationsarten, welche sich unter die gegenwärtigen Formen nicht schlechthin subsumieren lassen, zunächst Anwendung zu finden hätten. Hinzuzunehmen seien dann die dem besonderen Obligationsfall bestimmenden Intentionen und die etwaigen Analogien in den bestehenden einzelnen Obligationen. Auf diese Weise will Puchta „eine widernatürliche Beurteilung" vermeiden und das falsche Bestreben, jedes entstehende Obligationsverhältnis in eine der durch das römische Recht gegebene Form zu pressen[158]). Daß nach diesem Vorschlage auch in der Praxis verfahren worden ist, zeigt die von Schreiber[159]) gebrachte, zu einer im Jahre 1873 ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in München, in Seufferts Archiv sich findende Redaktionsbemerkung[160]):

„Wir halten diese Entscheidung für eine in das praktische Rechtsleben sehr wohltätig eingreifende. Gerade darin wird von den meisten Gerichten gefehlt, daß sie glauben, jede Übereinkunft unter eine gesetzlich besonders behandelte Vertragsform einzwängen zu müssen, während speziell die im Gesetz behandelten Verträge nur einzelne Vertragsfälle sind, die das begrenzte Gebiet gütlicher Vertragsabschlüsse so wenig erschöpfen können, als die einzelnen Servitusfälle das ganze Gebiet der Servituten. Speziell geregelt sind nur die häufig vorkommenden Verträge, während alle Arten von vertragsmäßigen Übereinkommen gültig sind, welche den gesetzlichen generellen Bestimmungen über Obligationen entsprechen, wenn sie auch nicht unter einen speziellen im Gesetz behandelten Vertragsfall subsumierbar sind. Gerade darin besteht die Bedeutung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts,

[155]) Schreiber, a. a. O., S. 134.
[156]) C. F. Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. 2, S. 692.
[157]) G. F. Puchta: Pandekten, 10. Aufl., 1866, S. 340 ff.
[158]) Schreiber, a. a. O., S. 134.
[159]) Schreiber, a. a. O., S. 135.
[160]) Seuff. Arch., Bd. 29, Nr. 124.

daß auch die außer den speziell behandelten Vertragsfällen vorkommenden Übereinkünfte hiernach bezüglich ihrer Gültigkeit und Bedeutung beurteilt werden können."

Das Problem der gemischten Verträge ist also keineswegs wie Höniger[161]) meint, bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts auf die gemischten Gegenseitigkeitsverträge beschränkt gewesen. Die Mischformen werden damals nicht viel weniger verschiedenartig gewesen sein, als nach der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Nur rein zahlenmäßig werden sich die Mischverträge vermehrt haben. Diese Tatsache mag zwar die Notwendigkeit, sich mehr als bisher mit dem Problem der gemischten Verträge zu beschäftigen und eine Lösung des Problems anzustreben, veranlaßt haben; mit dem Problem als solches hat sie jedoch nichts zu tun. Das Problem der gemischten Verträge hat nicht so sehr seinen Grund in der Entwicklung des modernen Verkehrs, als vielmehr in der Stellung, die eine Rechtsordnung zu der Vertragsfreiheit einnimmt und in der Art und Weise wie in dieser Rechtsordnung die einzelnen Vertragstatbestände typenmäßig abgegrenzt sind. Es ist also, wie Schreiber (a. a. O. S. 121) hervorhebt, weniger ein Rechtsproblem, als ein Problem der Gesetzgebungstechnik.

[161]) Höniger, Grundformen, S. 348.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. August 1903 in Niebel, Kreis Zauch-Belzig, als Sohn des Landwirts ERNST FISCHER und seiner verstorbenen Ehefrau LUISE, geb. TAEGENER, geboren. Ich bin evangelischer Religion. Vom sechsten bis zum zehnten Lebensjahre besuchte ich die Dorfschule in Niebel. Ostern 1914 kam ich in die Sexta der Schillerschule in Jüterbog. Nach neunjährigem Besuch dieser Schule bestand ich im Februar 1923 die Reifeprüfung. Ich studierte in der Folgezeit Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar drei Semester an der Universität München, ein Semester an der Universität Breslau und drei Semester an der Universität Marburg. Am 2. April 1927 bestand ich beim juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Meine Ausbildung als Referendar erfuhr ich am Land- und Amtsgericht in Potsdam und beim Kammergericht. Am 30. Dezember 1930 bestand ich vor dem juristischen Landesprüfungsamt in Berlin die große Staatsprüfung. Die Doktorprüfung bestand ich am 17. Februar 1931. Ich bin jetzt beim Amtsgericht in Potsdam als Gerichtsassessor beschäftigt.